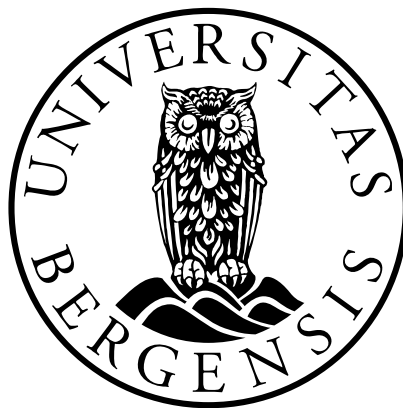


# Skatteplikt på gevinst og fradragsrett for tap på fordring i virksomhet

*Når foreligger det skatteplikt på gevinst og  
fradragsrett for tap på fordring - grensen mot  
passiv kapitalplassering*

Kandidatnummer: 23

Antall ord: 14 666



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.05.2021

# Innholdsfortegnelse

<b>1. Innledning .....</b>	<b>4</b>
1.1 Problemstillingen og dens aktualitet .....	4
1.2 Rettslig utgangspunkt, avgrensninger og veien videre .....	5
<b>2. Fordringsbegrepet i skatteretten .....</b>	<b>8</b>
2.1 Hvorfor fordring? .....	8
2.2 Nærmere om fordringsbegrepet .....	8
2.2.1 Grensedragningen; fordring eller egenkapital? .....	9
<b>3. Innvinning av gevinst og konstatering av tap på fordring.....</b>	<b>12</b>
3.1 Realisasjon.....	12
3.2 Konstatering av tap .....	13
3.3 Tidfesting.....	16
<b>4. Virksomhetsbegrepet .....</b>	<b>18</b>
4.1 Begrepets betydning for problemstillingen.....	18
4.2 Det rettslige utgangspunktet .....	18
4.3 Aktivitetens omfang og varighet.....	19
4.3.1 Nærmere om vurderingen .....	20
4.3.2 RT-2015-628 Solér.....	20
4.3.3 Hvilke aktiviteter kan medregnes i vurderingen?.....	21
4.4 Skattyters egen regning og risiko .....	22
4.4.1 Momentets relevans for fordringstilfellene .....	22
4.4.2 Hvem skal aktiviteten tilordnes? .....	23
4.4.3 HR-2017-627-A Raise .....	24
4.4.4 HR-2017-628-A Thinggaard.....	26
4.5 Kravet til aktivitetens økonomiske karakter .....	27
4.5.1 Rt-1985-319 Ringnes.....	28
4.6 Avsluttende bemerkning - helhetsvurdering av alle momentene? .....	29
4.7 Tidspunktet for vurderingen?.....	31
<b>5. Tilknytningskriteriet.....</b>	<b>33</b>
5.1 Det rettslige utgangspunktet .....	33
5.2 «Særlig og nær tilknytning» eller det alminnelige tilknytningskravet?.....	34
5.3 Fordringer som klart har tilstrekkelig tilknytning .....	35
5.4 Særlig og nær tilknytning – grensen mot passiv kapitalplassering .....	35
5.5 Motivet for fordringen – kreditors egen virksomhet til gode.....	36

5.5.1 Midlertidig kapitalplassering .....	38
5.6 Integrert virksomhet .....	39
5.6.1 Vertikal integrasjon .....	40
5.6.2 Horisontal integrasjon.....	40
5.7 Samlet vurdering.....	42
5.8 Hvor ligger terskelen i dag?.....	43
<b>6. Avsluttende bemerkninger.....</b>	<b>45</b>
<b>7. Litteraturliste .....</b>	<b>47</b>
7.1 Lover .....	47
7.2 Forskrifter .....	47
7.3 Forarbeider.....	47
7.4 Rettspraksis.....	47
7.5 Bøker .....	48
7.6 Artikler .....	49

# 1. Innledning

## 1.1 Problemstillingen og dens aktualitet

Temaet for denne oppgaven er skatteplikt på gevinst og fradragsrett for tap på fordringer. Særlig skatterettslig fradrag for tap på fordringer er en velkjent problemstilling i norsk skatterett, som har vært oppe til behandling for Høyesterett ved gjentatte anledninger.<sup>1</sup> Spesielt i perioder med økonomisk nedgang hvor flere virksomheter og privatpersoner har betalingsvansker har dette blitt en dagsaktuell problemstilling, som for eksempel under finanskrisen og nå under covid19-pandemien. De store økonomiske ringvirkningene av pandemien pågår fortsatt, og det er ventet at enda flere bedrifter vil gå konkurs eller få betalingsproblemer i året som kommer, som følge av oppbrukt likviditet og lave inntekter.

Når det gjelder skatteplikt for gevinst på fordring er dette en problemstilling som generelt har vært mindre aktuell.<sup>2</sup> Det kan imidlertid tenkes at også denne grensen kan få økt aktualitet i årene som kommer, ettersom mange profesjonelle aktører i kredittmarkedet nå benytter situasjonen til å kjøpe opp misligholdte fordringer til en lav sum, med håp om at fordringen skal la seg inndrive senere – med gevinst. Derfor anses også denne siden av problemstillingen som aktuell, og vil vies noe plass i den følgende fremstillingen.

Problemstillingen for denne oppgaven er å foreta en grundig vurdering av vilkårene for fradragsrett for tap på fordring, og tilsvarende for at det skal foreligge skatteplikt på eventuell gevinst. Selv om lovteksten gir det rettslige utgangspunktet for vurderingen, avhenger vurderingen i stor grad av andre rettskildefaktorer, og et rettskildebilde som er i stadig utvikling. Det oppstår til stadighet nye typetilfeller, og problemstillingen er fortsatt dagsaktuell. Ambisjonen er derfor å nærmere definere denne grensen og de ulike vilkårene tilknyttet den, både generelt og for de enkelte typetilfeller.

Isolert sett kan skatteplikt for gevinst og fradragsrett for tap på fordring anses som to problemstillinger. Som følge av hensynet til symmetri i skatteretten er vurderingene langt på vei sammenfallende og det vil være nødvendig å se hen til rettskilder som gjelder både skatteplikt på gevinst og fradragsrett for tap uansett om det bare skal redegjøres for et av tilfellene.<sup>3</sup> Ettersom det er en slik nær sammenheng mellom problemstillingene både faktisk

---

<sup>1</sup> Nordal & Grønland (2009) s.3

<sup>2</sup> Zimmer (2018) s.272

<sup>3</sup> Zimmer & BAHR (2019) s.186

og rettslig, i tillegg til at begge må anses å være aktuelle for tiden fremover, tar denne fremstillingen sikte på å redegjøre for de rettslige sidene rundt begge problemstillingene.

## 1.2 Rettslig utgangspunkt, avgrensninger og veien videre

Innledningsvis må det redegjøres noe nærmere for det rettslige utgangspunktet som danner grunnlag for den videre fremstillingen. Det rettslige utgangspunktet for både skatteplikt på gevinst og fradragsrett for tap på fordring er lovfestet i skatteloven av 1999. For gevinst er det rettslige utgangspunktet klart nok at gevinst oppnådd ved realisasjon av formuesobjekt er skattepliktig, både i og utenfor virksomhet. Dette fremgår klart av sktl. § 5-1 annet ledd, jf. § 5-30. Det fremgår imidlertid av § 5-1 annet ledd og tilsvarende i § 5-30 annet ledd at dette utgangspunktet er begrenset av særreglene i lovens kapittel 9.

For fradrag for tap på fordring er rettsgrunnlaget forskjellig ut fra den konkrete situasjon. Etter § 6-2 første ledd fremgår det at det gis fradrag for tap «ved realisasjon av formuesobjekt i og utenfor virksomhet», etter de nærmere regler og med de begrensninger som følger av lovens kapittel 9. Det er først i § 9-3 det fremkommer at det ikke er skatteplikt (og heller ikke fradragsrett, jf. § 9-4) for realisasjon av enkelte formuesobjekter «utenfor virksomhet». Dette unntaket omfatter blant annet «muntlige fordringer og andre gjeldsbrev enn mengdegjeldsbrev». Altså må også fordringer som realiseres som hovedregel være «i virksomhet» for å være fradragsberettiget. Tilsvarende gjelder også for gevinst etter § 5-1 jf. § 5-30, jf. henvisningen til kapittel 9.

Videre følger det av § 6-2 annet ledd at det gis fradrag for «annet tap i virksomhet, herunder endelig konstatert tap på utestående fordring». Rent språklig vil «fordring» også være omfattet av begrepet «formuesobjekt» i første ledd, på samme måte som i §§ 5-1 og 5-30. I tillegg er altså fordringer særskilt nevnt i § 6-2 annet ledd. Etter ordlyden kan det derfor se ut til at første ledd gjelder for realisasjonstilfellene, mens bestemmelsens annet ledd gjelder for «annet tap», «herunder endelig konstatert tap på utestående fordring».

Bestemmelsens ordlyd tilsier derfor at § 6-2 første ledd, jf. §§ 9-2, 9-3 og 9-4 anvendes i realisasjonstilfellene, mens § 6-2 annet ledd er forbeholdt de tilfeller hvor det er et konstarbart tap på en fordring, men dette ikke er «realisert» etter § 9-2.

En slik oppfatning har likevel ikke vært fulgt konsekvent i praksis. Også i realisasjonstilfeller har retts- og ligningspraksis til tider tatt utgangspunkt i § 6-2 annet ledd, uten noen

begrunnelse for dette.<sup>4</sup> Tidligere var det også en gjengs oppfatning at annet ledd gjaldt som *lex specialis* for tidfesting av tap på fordringer.<sup>5</sup> De siste årene har det imidlertid vært en klar tendens til at det skilles mellom tilfellene, slik at første ledd blir forbeholdt realisasjonstilfellene og annet ledd for tap på fordring uten realisasjon.<sup>6</sup> I denne fremstillingen legges derfor dette skillet til grunn.

Videre kan det også argumenteres for at fradragsregelen i § 6-2 annet ledd etter sin ordlyd konsumeres av den generelle fradragsregelen i § 6-1, som gir fradrag for «kostnad pådratt for å erverve, sikre eller vedlikeholde skattepliktig inntekt». Lovens forarbeider legger også til grunn at bestemmelsen i annet ledd ikke har noen selvstendig rettslig betydning, men «anses hensiktsmessig på grunn av den nære sammenhengen mellom § 6-2 og de utfyllende bestemmelsene om tapsfradrag i kapittel 9».<sup>7</sup>

Likevel er § 6-2 annet ledd klart gitt selvstendig betydning i praksis. Dette illustreres gjennom Rt.2007 s.1822 DSC-dommen og etterfølgende Rt.2009 s.1473 Samdal, som viser at det skal tas utgangspunkt i § 6-2 annet ledd i de tilfellene bestemmelsen er relevant. I DSC-dommen, som omhandlet hvorvidt selskapet hadde krav på fradrag ved inntektsbeskatningen for beløp betalt for aksjer som ikke var blitt overført, vurderte retten sktl. § 6-2 primært, men foretok subsidiært en vurdering av § 6-1. Dommen viser at den ene bestemmelsen ikke utelukker den andre. At vilkårene for fradrag etter § 6-2 annet ledd ikke var oppfylt ga ikke grunnlag for en antitetisk slutning om at fradrag for kostnad heller ikke kunne skje etter § 6-1 første ledd.<sup>8</sup>

Vurderingene er likevel prinsipielt forskjellige. Fradragsbestemmelsen i § 6-1 passer generelt dårlig for tap, fordi tap ikke «pådras for» å skape inntekt.<sup>9</sup> Tilsvarende også for kostnader med tilknytning til skattefri aksjeinntekt, jf. § 6-24.<sup>10</sup> Tapet er heller en konsekvens av at forventet inntekt uteblir og ender som tap i stedet. I denne fremstillingen tas det dermed utgangspunkt i § 6-2 annet ledd for denne vurderingen.

I den videre fremstillingen vil det først redegjøres for hva som ligger i begrepet «fordring», og hvorfor dette begrepet er sentralt å klarlegge. Dernest er det en forutsetning at gevinsten er

---

<sup>4</sup> Se til eksempel Rt-2010-790 Telecomputing

<sup>5</sup> Bragstad, Skatterett 1/2006 s.89

<sup>6</sup> Kristiansen (2014) s.362, Rt-2015-203 og Zimmer (2018) s.380-381

<sup>7</sup> Ot.prp.86 (1997-1998) s.59

<sup>8</sup> Rt-2007-1822 avsnitt 43-44

<sup>9</sup> Zimmer, Skatterett 1-2/2018 s.160 flg.

<sup>10</sup> HR-2017-627-A avsnitt 26

innvunnet eller tapet pådratt. Her går det et skille mellom gevinst på fordring og tap ved «realisasjon», jf. § 9-2, og «annet tap» på fordring utenfor realisasjonstilfellene.

Videre vil hovedfokus ligge på hovedvilkårene; kravet om at skattyter må drive virksomhet og tilknytningskriteriet. Som vi skal se er disse sammenfallende uavhengig av om det er snakk om gevinst eller tap, og realisasjon eller annen konstatering av tap. Det er også dette som er bakgrunnen for at det er naturlig å behandle disse dels ulike problemstillingene samlet.

Tradisjonelt er det disse som har voldt mest tvil i praksis, og som har mest rettskildemateriale knyttet til seg. Det er også her den rettslige utviklingen har vært størst, og grensedragningen mot passiv kapitalforvaltning kommer på spissen. Disse hovedvilkårene vil derfor utgjøre fremstillingens hoveddel, og vil presenteres nærmere i punkt 4 og 5 nedenfor.

Fremstillingen vil måtte avgrenses mot gevinst og tap på andre formuesobjekter enn fordringer. Derav er det også viktig med en redegjørelse for hva som ligger i fordringsbegrepet. Videre må det også avgrenses mot en utfyllende redegjørelse av fradragmulighetene for tap på fordring *utenfor* virksomhet. Selv om fradrag for tap på fordring først og fremst er aktuelt «i virksomhet», er det i noen tilfeller også adgang til slik fradrag utenfor virksomhet, for eksempel for mengdegjeldsbrev.<sup>11</sup> En redegjørelse av disse særreglene faller imidlertid utenfor fokuset for denne oppgaven, og det vil derfor måtte avgrenses mot disse.

Rent metodisk vil fremstillingen ta utgangspunkt i den alminnelige metodelære av Torstein Eckhoff, som i det vesentlige også må gjelde på skatterettens område.<sup>12</sup> Det rettslige utgangspunktet for denne fremstillingen er som nevnt lovfestet, men det vil i stor grad være nødvendig å se hen til de øvrige rettskildene for å klarlegge gjeldende rett. Særlig rettspraksis, men også lovens forarbeider, juridisk teori og skatterettslige hensyn som rettferdighet og effektivitet vil klart være relevante.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> Zimmer & BAHR (2019) s.186

<sup>12</sup> Gjems-Onstad, Ferdowsi, Folkvord & Furuseth (2015) s.64 flg.

<sup>13</sup> Zimmer (2018) s.29

## 2. Fordringsbegrepet i skatteretten

### 2.1 Hvorfor fordring?

Denne fremstillingen er avgrenset til først og fremst å gjelde skatteplikt og fradragsrett for gevinster og tap på «fordringer». Fordringsbegrepet har ingen legaldefinisjon i skatteretten, og det er ingen lovbestemmelse som er særskilt avgrenset til kun å gjelde for fordringer.

Tilsynelatende står dermed ikke fordringer i noen særstilling, sammenlignet med andre formuesobjekter.

Likevel må fordringer sies å være underlagt en spesiell behandling i skatteretten. Dette skyldes først og fremst det særegne tilknytningskriteriet som ble utviklet for å gjelde for aksjer og fordringer.<sup>14</sup> Etter lovendringen i 1992 gjelder ikke dette lenger for gevinst og tap på aksjer,<sup>15</sup> slik at fordringer dermed står i en særstilling. Nærmere om denne vurderingen under fremstillingens punkt 5.

Videre har det også i nyere rettspraksis oppstått en rekke tilfeller hvor virksomhetsbegrepet har blitt problematisert, hvor det må trekkes en grense mellom virksomhet og hvor fordringen er en kapitalgjenstand utenfor virksomhet, typisk passiv kapitalforvaltning.<sup>16</sup> Tilsynelatende oppstår det en rekke særskilte problemstillinger rundt virksomhetsbegrepet for fordringer, som gjør det hensiktsmessig å vurdere dette konkret for fordringer.

I tillegg er fordringer blant formuesobjekter hvor det oppstår særskilte spørsmål tilknyttet innvinningsproblematikken, særlig når et tap skal anses pådratt.

Når fordringer må sies ha en slik særegen stilling i skatteretten, vil det derfor også være hensiktsmessig med en nærmere definisjon av fordringsbegrepet før det foretas en nærmere analyse av de tre vilkårene for skatteplikt på gevinst og fradragsrett for tap på fordringer.

### 2.2 Nærmere om fordringsbegrepet

Som nevnt er ikke fordringer særskilt regulert i skatteloven. I lovens § 6-2 annet ledd er «utestående fordring» bare et eksempel på «annet tap». Selv om det da også kan tenkes andre formuesobjekter som faller inn under begrepet «annet tap», må fordringer klart nok være det mest praktiske. Videre for § 5-1 jf. § 5-30 for gevinst ved realisasjon og § 6-2 første ledd tap ved realisasjon, har ikke disse bestemmelsene noen spesifikk regulering av «fordring».

---

<sup>14</sup> Rt-1976-1467

<sup>15</sup> Berg-Rolness (2009) s.189

<sup>16</sup> Zimmer (2018) s.272



Bestemmelsene bruker her begrepet «formuesobjekt», som i tillegg til fordringer også omfatter en rekke andre økonomiske eiendeler.

Både for gevinst og fradrag i realisasjonstilfellene henvises det likevel til de begrensninger som fremgår av lovens kapittel 9. Som tidligere nevnt er det her en begrensning i lovens § 9-3, som unntar enkelte gevinster «utenfor virksomhet» fra skatteplikt, og tilsvarende fradragsrett jf. § 9-4. Bestemmelsen bruker her definisjonen «muntlige fordringer og andre gjeldsbrev enn mengdegjeldsbrev». Fordringsbegrepet i § 9-3 får riktignok kun betydning for hvorvidt det foreligger skatteplikt og fradragsrett på fordring «utenfor virksomhet», hvor det for eksempel gjelder et unntak for mengdegjeldsbrev, og en nærmere redegjørelse av dette faller som nevnt utenfor denne fremstillingen.

Til tross for det manglende presisjonsnivået i lovgivningen hva gjelder fordringsbegrepet, og hvordan dette bør adskilles fra øvrige formuesobjekter, vil det i de fleste tilfeller ikke by på vanskeligheter å konstatere at det foreligger en fordring.<sup>17</sup> Likevel er det særlig en situasjon hvor skillet grensedragningen har vært viktig, og det er skillet mot egenkapital/aksjekapital. Ettersom dette er den situasjonen hvor grensedragningen først og fremst har fått betydning, vil det i det følgende redegjøres nærmere for dette skillet, og hvordan grensen må trekkes. Denne grensedragningen vil også legge føringen for hvordan grensen for fordringsbegrepet må trekkes i andre tilfeller.

### 2.2.1 Grensedragningen; fordring eller egenkapital?

En særskilt problemstilling i tilknytning til fordringsbegrepet er om man står ovenfor en fordring mellom en kreditor og en debitor, eller om det i praksis er et innskudd av egenkapital – typisk aksjer. Problemstillingen er sentral, fordi aksjeutbytte og aksjegevinst som hovedregel er skattefri og tilsvarende tap ikke fradragsberettiget, når aksjonæren er et aksjeselskap, jf. sktl. § 2-38.

Unntaksregelen i § 2-38 har i utgangspunktet gode grunner for seg, ettersom den forhindrer kjedebeskatning av selskapsoverskudd som senere skattlegges når det tas ut av aksjonæren.<sup>18</sup> Her oppstår det imidlertid et skille som er avgjørende for om virksomhetsbegrepet og tilknytningskravet blir relevant, og dermed om det foreligger skatteplikt og fradragsrett.

---

<sup>17</sup> Kristiansen (2014) s.362

<sup>18</sup> Zimmer (2018) s.333

Ved vurderingen av om det er ytet lån eller egenkapital er utgangspunktet at det må ses hen til de reelle forholdene rundt innskuddet, herunder «en samlet vurdering av de vesentlige trekk ved forholdet».<sup>19</sup>

Utgangspunktet for denne vurderingen er kommet til uttrykk i Rt-2001-851 Kreditkassen. Saken omhandlet preferansekapital som Kreditkassen og DnB fikk under bankkrisen, og som senere ble nedskrevet til null. Det sentrale spørsmålet var om preferansekapitalen var å anse som inntekt for bankene, eller om nedskrivningene måtte anses som ettergivelse av gjeldsbeløp, slik at bankene måtte nektes underskuddsfradrag for beløpene.

Førstvoterende uttalte her at når et kapitalinstrument har trekk fra både gjeld og egenkapital, må det «finne sted en klassifisering på grunnlag av en samlet vurdering av de vesentlige trekk ved forholdet for å fastlegge om likheten er størst med gjeld eller egenkapital».<sup>20</sup> Det ble videre vist til at egenkapital i aksjeselskap som regel skjedde ved innbetaling på aksjer, men at dette ikke var et krav. Blant momentene som ble vektlagt var hvorvidt det ble stilt vilkår for hva dekningen skulle gå til, hva innskuddet ble definert som i avtalen, og om det skulle betales renter. Ingen av de nevnte momentene kan i seg selv være grunnlag en endelig klassifisering, det avgjørende må være en helhetsvurdering.<sup>21</sup>

Den etterfølgende Rt-2010-790 Telecomputing kan imidlertid synes å legge en noe annen oppfatning til grunn. Retten viste her til at grensen mellom egenkapital og fordring «må som utgangspunkt avgjøres ut fra det selskaps- og regnskapsrettslige skillet mellom disse finansieringsformene». Videre ble det lagt til grunn at skillet beror på om det foreligger en «alminnelig tilbakebetalingsplikt», som igjen må vurderes ut fra «rettsgrunnlaget for transaksjonen».<sup>22</sup>

Det rettslige spørsmålet og utgangspunktet synes dermed å være noe annerledes enn det som ble lagt til grunn i Rt-2001-851. Her blir det vist til at bare dersom en «fortolkning av forpliktelsens grunnlag ikke gir noe bestemt svar, må klassifiseringen skje ved en samlet vurdering av de vesentlige trekk ved forholdet», hvorpå det ble vist til den samlede vurderingen etter Rt-2001-851.

Gjeldende rett er altså at det først må vurderes om det foreligger en alminnelig tilbakebetalingsplikt, basert på rettsgrunnlaget og transaksjonen. Kun dersom det ikke

---

<sup>19</sup> Skaar & Wiersholm (2006) S.600

<sup>20</sup> Rt-2001-851 s.863

<sup>21</sup> Kristiansen (2014) s.363

<sup>22</sup> Rt-2010-790 avsnitt 44

foreligger noen slik klar tilbakebetalingsplikt, må det foretas en nærmere konkret helhetsvurdering, hvor momenter som definisjon av innskuddet, hvorvidt det ble stilt vilkår for hva dekningen skulle gå til, og om det skulle betales renter vil kunne vektlegges.

I tillegg til denne noe tekniske vurderingen med noe uoversiktlig rettsgrunnlag, medfører fritaksmetoden også noen andre uheldige konsekvenser. Etter fritaksmetoden kan et selskap som hovedregel få skattefri gevinst på investeringene i andre selskap som aksjeutbytte og aksjegevinst. Tilsvarende tap kan derimot være fradragsberettiget i den grad selskap finansieres ved fremmedkapital/fordringer, gitt at vilkårene i § 6-2 er oppfylt.<sup>23</sup> Hensynet til symmetri ved at inntekter og kostnader skal behandles likt står sterkt i skatteretten,<sup>24</sup> men her eksisterer det tilsynelatende en viss asymmetri. En slik asymmetri er uheldig, ettersom den gir tilpasningsmuligheter som kan utnyttes til å oppnå skattemessige fordeler.

Problemstillingen var imidlertid av større betydning før lovendringen i 2012, hvor departementet i etterkant av Rt-2010-790 Telecomputing foretok en gjennomgang av rettstilstanden innførte unntaket for nærstående i sktl. § 6-2 tredje ledd.<sup>25</sup> Bestemmelsen hindrer nå tapsfradrag for utestående fordringer mellom «nærstående» selskaper, som tidligere ga store tilpasningsmuligheter ved at datterselskaper kunne finansieres ved lån og minimalt med egenkapital. Om driften gikk dårlig kunne det kreves fradrag for tap på fordring, mens om den gikk bra kunne det heves skattefritt utbytte på aksjene. På bakgrunn av denne endringen har problemstillingen begrenset betydning i dag, men er fortsatt ikke upraktisk.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> Folkvord & Furuseth i Skatterett 3/2019 s.153

<sup>24</sup> Zimmer (2018) s.32

<sup>25</sup> Prop.1 LS (2011-2012) s.144-147

<sup>26</sup> Gjems-Onstad mfl. (2015) s.114

### 3. Innvinning av gevinst og konstatering av tap på fordring

I tråd med skatteevneprinsippet må det foreligge tilstrekkelig sikre holdepunktet for at gevinsten eller tapet er pådratt, før det kan pålegges skatteplikt eller gis rett til fradrag. En slik konstatering er dermed et vilkår for å konstatere skatteplikt eller fradragsrett,<sup>27</sup> og for gevinster og tap tilknyttet kapital er dette en vanskelig problemstilling som har vært mye diskutert i juridisk teori.<sup>28</sup> Årsaken er at det for disse er vanskelig å trekke en klar grense for når gevinsten er innvunnet eller tapet pådratt, ettersom det gjerne oppstår over et lengere tidsrom. Det anses derfor hensiktsmessig med en nærmere redegjørelse av dette.

For gevinster og tap på fordringer oppstiller loven som nevnt to utgangspunkter.

Utgangspunktet er at gevinster og tap på fordringer konstateres ved «realisasjon». For tap på fordringer vil imidlertid ikke dette alltid være tilfellet, derfor er det her også gitt en særregel for konstatering av tap for de tilfeller som faller utenfor realisasjonsregelen. I det følgende vil det foretas en nærmere redegjørelse av disse. Realisasjon er den vanligste formen for innvinning av inntekter, og er utførlig behandlet i teori og praksis.<sup>29</sup> En grundig behandling av realisasjonsregelen vil dermed falle utenfor fokuset for denne fremstillingen. Hovedfokus vil legges på problemstillinger som i særlig grad omhandler fordringer, og «annet tap», herunder «endelig konstatert tap» jf. sktl. § 6-2 annet ledd, vil derfor vies noe større plass.

#### 3.1 Realisasjon

Realisasjon er i praksis den eneste begivenheten for innvinning av kapitalgevinster, jf. sktl. § 5-1 annet ledd og § 5-30. Regelen om realisasjon gjelder også tilsvarende for konstatering av tap for formuesobjekt etter sktl. § 6-2 første ledd. For begge tilfeller er det hovedregelen om realisasjon etter sktl. § 9-2 som er avgjørende. Realisasjonsregelen kan være vanskelig å vurdere, og grensetilfellene mange. Det vil her foretas en kort redegjørelse, særlig rettet mot realisasjon av fordringer.

Etter § 9-2 fremgår det at realisasjon omfatter «overføring av eiendomsrett mot vederlag» og «opphør av eiendomsrett». Deretter er det gitt en rekke eksempler på hva som vil være slik overføring eller opphør. Begrepet «blant annet» tilsier at oppstillingen av eksempler ikke er uttømmende, og bestemmelsens tredje ledd gir en ikke-uttømmende liste over grensetilfeller som ikke er omfattet.

---

<sup>27</sup> Aarbakke (1990) s.11

<sup>28</sup> Zimmer (2018) s.133

<sup>29</sup> Zimmer (2018) s.276 flg.

De alternative vilkårene «overføring av eiendomsrett mot vederlag» og «opphør av eiendomsrett» viser at det en fordring kan anses realisert uansett om det ytes vederlag eller ikke. Etter ordlyden er det heller ikke noe krav at noen andre tar over eiendomsretten, det vil være tilstrekkelig at den ikke lenger ligger hos skattyteren, for eksempel ved at skyldneren går konkurs.<sup>30</sup>

Frem til skattelovsreformen i 1992 var begrepet «avhendelse» brukt i stedet for realisasjon. Ifølge lovens forarbeider skulle ikke endringen til «realisasjon» medføre noen endring av betydning, foruten at de tilfeller hvor eiendelen blir ødelagt og det ytes vederlag, typisk erstatning for skadeforvoldelse, også skal omfattes.<sup>31</sup>

Et av eksemplene fra ordlyden er «innfrielse eller bortfall av fordring». Dette vil klart nok være det mest praktiske, etter hvert som fordringene gjøres opp eller blir ettergitt. Også her er det imidlertid noen grensetilfeller, blant annet konvertering av fordring til uformell egenkapital.<sup>32</sup>

I Rt-2011-1620 Elkem Hafslund ble konvertering av fordring til aksjer ansett som en innfrielse av fordringen, og måtte regnes som realisasjon. Når det gjelder ettergivelse av fordring må det kreves en viss sannsynlighet for at fordringen ikke vil bli innfridd før tapet kan anses å være realisert. I Rt.2015 s.203 Scancem ble det uttalt at det må være sikkert at fordringen er «endelig og irreversibelt ettergitt». En problemstilling i denne forbindelse er grensen mot gaver, som ikke anses som realisasjon, jf. ovenfor. Dersom det utstedes en fordring som offisielt sett skal betales tilbake, men som i realiteten vil bli ettergitt på et senere tidspunkt, vil vi stå ovenfor en gave. Grensedragningen på dette området er vanskelig, særlig når det gjelder bevisspørsmål.

Videre må også de øvrige alternativene «salg», «bytte», «endelig avkall på rettighet» og «tap» her kunne sies å være anvendelige i enkelte situasjoner.<sup>33</sup> Salg av fordringer er spesielt vanlig, og kan medføre både gevinst og tap for fordringshaveren.

### 3.2 Konstatning av tap

For tap på formuesobjekter er utgangspunktet at formuesobjektet, og dermed også tapet, må være «realisert», jf. § 6-2 første ledd og § 9-2.<sup>34</sup> For fordringer kan det imidlertid være lite

---

<sup>30</sup> Zimmer (2018) s.283

<sup>31</sup> Prp.35 1992 s.303

<sup>32</sup> Kristiansen (2014) s.365

<sup>33</sup> Kristiansen (2014) s.365

<sup>34</sup> Rt-2015-203 avsnitt 39

naturlig å snakke om en «realisasjon» av tapet. De realisasjonsalternativene som er opplistet i skatteloven § 9-2 passer dårlig for tap på en fordring. Tap på fordringer oppstår i hovedsak ved at skyldneren ikke lenger er i stand til å gjøre opp for forpliktelsen etter fordringen. Det kan da argumenteres for at kreditor da må «oppgi» eiendomsretten til fordringen etter § 9-2 første ledd.

Av den grunn er det i skattelovens § 6-2 annet ledd oppstilt en særregel for «annet tap i virksomhet», altså andre tap enn tap ved realisasjon av formuesobjekter etter første ledd, «herunder endelig konstatert tap på utestående fordring».

Den naturlige språklige forståelse tilsier at det her trekkes et skille mellom tap ved realisasjon etter første ledd og tap som må konstateres på annen måte. Ordlyden «endelig konstatert tap» tilsier at det må være på det rene at fordringen ikke vil bli innfridd. Derimot kan dette neppe forstås så strengt som at det ikke kan foreligge noen mulighet for at fordringen, i alle fall på lang sikt, kan bli innfridd.

Når et slik tap på en fordring skal anses endelig konstatert har videre kommet til uttrykk i forskriften til skatteloven, § 6-2-1.<sup>35</sup> Forskriftens § 6-2-1 er gitt med hjemmel i skatteloven § 6-2 annet ledd, annet punktum, og gir en liste over når en fordring skal anses som tapt. Bestemmelsen gir en mer detaljert regulering av lovbestemmelsen i sktl. § 6-2, og er ment å utfylle lovens regler.

Forskriften nevner her fire alternativer for når et tap etter sktl. § 6-2 annet ledd skal anses som endelig konstatert. Det første alternativet er når det har vært foretatt tvangsinndrivning eller inkasso, som har vært forgjeves. Når det ikke har vært mulig å få dekning for kravet gjennom disse inndrivingsmetodene, behøver altså ikke kreditor å vente på at skyldneren skal bli solvent på sikt.

Videre er det i annet alternativ ansett som tilstrekkelig for å konstatere tap at fordringen er en kundefordring som ikke er innfridd innen seks måneder etter forfall, til tross for minst tre purringskrav med normale purringsintervaller og slik aktivitet fra kreditors side som forholdene tilsier. Purringer og vanlige betalingsoppfordringer anses som svakere insentiver for oppgjør enn tvangsinndrivelse og inkasso, slik at det her stilles krav om flere forsøk over en lengere tidsperiode. Dette alternativet har gode grunner for seg, ettersom det tvangsinndrivelse eller inkasso gjerne medfører ytterligere kostnader man ikke vil få dekket.

---

<sup>35</sup> FOR-1999-11-19-1158

For bedrifter med mange små utestående fordringer vil konstatering av tap ved å sende purringer være mer hensiktsmessig.

Det tredje alternativet er de tilfeller hvor det gjennom offentlig gjeldsmegling, konkurs-, likvidasjons- eller avviklingsbehandling i skyldnerens bo er gjort klart at bomidlene ikke gir eller ikke vil gi fordringen dekning. Ved konkurs er det imidlertid slik at den personlige debtors betalingsplikt ikke bortfaller, men bare reduseres med dividenden. Dette er likevel ikke ansett å være noen hindring for at fordringen anses som tapt i skatterettslig forstand.<sup>36</sup>

Til slutt er det etter siste alternativ i bestemmelsens bokstav d) gitt en skjønnsmessig adgang til å konstatere tap. Denne blir gjerne brukt som en generell konstateringsregel hvor de andre alternativene ikke passer. Det må likevel antas at den ikke rekker videre enn loven selv gir anvisning på.<sup>37</sup> Her fremgår det at fordringen ellers ut fra en «samlet vurdering» kan anses som tapt dersom den må anses som «klart uerholdelig». Ordlyden «klart uerholdelig» tilsier at terskelen er høy. Det kan følgelig ikke være tilstrekkelig at kreditor av fri vilje oppgir fordringen. Den nærmere grensdragningen er imidlertid vanskelig å trekke ut fra ordlyden alene.

Begrepet «uerholdelig» har også vært gjenstand for diskusjon i rettspraksis, og svært sentral i vurderingen av når et tap er konstatert etter sktl. § 6-2. Særlig Rt-2015-203 Scancem-dommen synes å oppsummere gjeldende rett og tidligere praksis her.<sup>38</sup>

Retten kom riktignok frem til at ettergivelsen var en realisasjon slik at saken ble vurdert etter § 6-2 første ledd. Det ble likevel presisert at valget mellom bestemmelsene i første og annet ledd er av underordnet betydning, og dommen anses også å være relevant for vurderingen av sktl. § 6-2 annet ledd og forskriftens § 6-2-1 første ledd d).<sup>39</sup> Saken omhandlet et norsk selskap som etterga fordringer til et afrikansk selskap de hadde betydelige eierinteresser i, og krevde fradrag for dette.

Retten foretok en gjennomgang av tidligere rettspraksis, herunder Rt-1990-1143 Norse-dommen, og la til grunn at tap på en fordring som utgangspunkt vil være konstatert når fordringen er «endelig og irreversibelt ettergitt».<sup>40</sup> Terskelen «endelig og irreversibelt

---

<sup>36</sup> Aabakke (1990) s.287

<sup>37</sup> Zimmer & BAH (2019) s.207

<sup>38</sup> Zimmer & BAH (2019) s.209

<sup>39</sup> Zimmer (2018) s.380-381

<sup>40</sup> Rt-2015-203 avsnitt 46

ettergitt» synes også å være i samsvar med forarbeidene til skatteloven.<sup>41</sup> Her kreves det «reell uerholdelighet» for at tapet skal være konstatert.

Det ble imidlertid tatt forbehold om at dette kan stille seg annerledes når det foreligger et interessefellesskap mellom debitor og kreditor. I disse situasjonene var det rom for å vektlegge om kreditor som aksjonær i debtors selskap fikk igjen hele eller deler av den fordring som det ble gitt avkall på. Dette samsvarer godt med unntaket i § 6-2 tredje ledd, som legger til grunn at fradrag ikke gis for tap på utestående fordring til «nærstående» selskap. Dommen viser følgelig at et tilsvarende unntak også må innfortolkes for kundefordringer.

Det er videre verdt å legge merke til at forskriften ikke oppstiller et alternativ for fordringer som er tapt ved foreldelse, preklusjon eller annet forhold som kreditor kan lastes for. Disse tapene vil dermed også måtte vurderes etter «uerholdelig» alternativet i bokstav d). Det er klart nok at det i og for seg er en endelig og irreversibelt ettergitt fordring, selv om tapet kan være pådratt med hensikt, for eksempel ved at det i realiteten var en gave som aldri var ment å betales tilbake, og dermed ikke bør kunne fradras. Disse tilfellene må imidlertid løses av reglene om pro forma,<sup>42</sup> av omgåelsesregelen i sktl. § 13-2, eller ved at tapet ikke anses å ha tilstrekkelig tilknytning til virksomheten.

### 3.3 Tidfesting

Vurderingen av om en gevinst er innvunnet eller et tap konstatert henger nært sammen med tidfestingsreglene. Mens førstnevnte avgjør *om* gevinsten er skattepliktig eller tapet fradragsberettiget, avgjør tidfestingsreglene *når* gevinsten skal skattlegges eller tapet er fradragsberettiget. Selv om en nærmere gjennomgang av tidfestingsreglene faller utenfor denne oppgaven, er sammenhengen så sentral at jeg finner det nødvendig å gå kort inn på noen av grunntrekkene.

Konstateringsregelen i sktl. § 6-2 annet ledd som er gjennomgått ovenfor, «endelig konstatering av tap», utgjør i seg selv en tidfestingsregel selv om den er plassert i lovens kapittel 6.<sup>43</sup> Etter denne regelen vil altså tidfestingen falle på samme tidspunkt som tapet kan konstateres.

Dette stiller seg imidlertid noe annerledes for kundefordringer. Når det gjelder tidfestingsreglene for disse fordringene er det her gitt særskilte bestemmelser for tap på

---

<sup>41</sup> Innst. O.80 s.169-170

<sup>42</sup> Rt-2001-187

<sup>43</sup> Zimmer & BAHN (2019) s.207



utestående fordringer, jf. § 14-5 fjerde ledd. Etter fjerde ledd bokstav a fremgår det at det som hovedregel ikke foretas opp- eller nedskriving av verdien av fordringer, bortsett fra de tilfeller som fremgår av fjerde ledd bokstav b-d og e.

Dette utgangspunktet har gode grunner for seg. I motsetning til andre kostnader som verditap på gjenstander, er det større usikkerhet knyttet til om tapet på slike fordringer er reelt, før de er endelig tapt. En avskrivingsregel vil da være vanskelig å praktisere, og ville i mange tilfeller ført til etterfølgende korrigeringer.

Årsaken til den skjematiske nedskrivingsadgangen etter dagens regel kommer av en forenkling av den tidligere tidfestingsregelen for kundefordringer etter den tidligere skatteloven. Etter sktl. av 1911, § 50 annet ledd alternativ a, var det ikke adgang til å nedskrive større beløp enn det som måtte antas å «ville bli uerholdelig». Denne skjønnsmessige vurderingen var lite presis, og vanskelig å vurdere. Den baserte seg også på at det var adgang til å foreta nedskrivinger ut fra forventet tap, mens den nye regelen gjennomfører realisasjonsprinsippet.<sup>44</sup> Man valgte derfor en skjematisk tidfesting for disse fordringene under revisjonen av den nye skatteloven.

---

<sup>44</sup> Harboe mfl. s.42-43

## 4. Virksomhetsbegrepet

### 4.1 Begrepets betydning for problemstillingen

Virksomhetsbegrepet er sentralt på skatterettens område, og har betydning for mange problemstillinger. Bare de siste årene har det vært en rekke saker oppe for Høyesterett hvor nye sider av virksomhetsbegrepet har blitt problematisert. HR2018-2433-A Yara, HR-2018-570-A Tandberg og HR-2018-391-A Argentum er bare noen av disse.

Loven kan etter sin oppbygning synes å bygge på en presumsjon om at kapitalforvaltning som sådan faller utenfor virksomhetsbegrepet, ellers ville det neppe ha vært nødvendig å særskilt regulere kapital som et alternativ til virksomhet. Likevel må det være slik at noen former for kapitalforvaltning faller innenfor virksomhetsbegrepet, og det er på bakgrunn av dette at skillet mellom virksomhet og passiv kapitalforvaltning må trekkes.<sup>45</sup>

Det må imidlertid anses klart at virksomhetsregelen rekker lengst som skattleggingshemmel,<sup>46</sup> og hva gjelder fradragsrett eller skatteplikt for fordringer bygger også loven på den forutsetning at det virksomhetsbegrepet som er avgjørende for grensedragningen, § 9-3 og § 6-2 annet ledd. Det rettslige utgangspunktet blir derfor om virksomhetskriteriet er oppfylt, og deretter om fordringen har tilstrekkelig tilknytning til denne.

Selv om virksomhetsbegrepet i relasjon til gevinster og tap på fordringer i stor grad er ansett å være samsvarende med det alminnelige virksomhetsbegrepet i skatteretten<sup>47</sup> og etter folketrygdloven,<sup>48</sup> må redegjørelsen i denne fremstillingen begrenses til begrepets innhold i relasjon til gevinst og tap på fordringer. De rettslige problemstillingene og typetilfellene vil kunne være noe annerledes enn de typiske spørsmålene som oppstår rundt virksomhetsbegrepet generelt i skatteretten. Samtidig vil det kunne være relevant å se hen til rettskilder som gjelder tilfeller utenfor fordringstilfellene, i den grad dette anses relevant.

### 4.2 Det rettslige utgangspunktet

Ordlyden «virksomhet» tilsier isolert sett at det må være en viss grad av profesjonalitet og langsiktig perspektiv over aktiviteten. Skatteloven inneholder ingen legaldefinisjon av

---

<sup>45</sup> Aarbakke (1990) s.126

<sup>46</sup> Zimmer (2018) s.169

<sup>47</sup> Zimmer & BAHN (2019) s.188

<sup>48</sup> Gjems-Onstad mfl. (2015) s.774

begrepet, og lovteksten gir således lite veiledning. Det er derfor nødvendig å se hen til de øvrige rettskildene utenfor lovteksten for å klarlegge virksomhetsbegrepet.

Lovens forarbeider legger til grunn at gjeldende rett etter den tidligere loven i hovedsak skulle videreføres ved den nye skatteloven i 1992, hvor virksomhetsbegrepet svarer til begrepet «forretningsvirksomhet» fra den tidligere skattelovens § 44. Rettspraksis rundt denne bestemmelsen vil dermed også være relevant for klarlegging av rettsregelen etter dagens lov. Det var følgelig ikke var tilsiktet å foreta realitetsendringer i rettstilstanden.

På bakgrunn av en gjennomgang av gjeldende rett, herunder tidligere rettspraksis, praksis fra ligningsmyndighetene og juridisk teori, oppstiller forarbeidene videre en liste over tre sentrale skjønnsmomentene som er avgjørende for om det foreligger en «virksomhet» i lovens forstand.<sup>49</sup>

For det første må det være utøvet en «aktivitet av et vist omfang og en viss varighet». Videre må aktiviteten være utøvet for skattyters «egen regning og risiko». Til slutt må aktiviteten også ha en «økonomisk karakter» og «være egnet til å gi overskudd». Selv om forarbeidene her omtaler virksomhetsbegrepet generelt, er et klart at disse tre momentene er avgjørende også for virksomhetsbegrepet i relasjon til fordringer.<sup>50</sup> I det følgende vil disse tre momentene danne grunnlag for den videre fremstillingen, hvor det vil redegjøres for momentenes rettslige innhold og i hvilken betydning de har for gevinst og tap på fordringer.

De nevnte forarbeidene sier ikke eksplisitt om de ulike momentene er kumulative, i den forstand at det må kunne stilles en nedre grense for hver av dem, eller om det er en helhetsvurdering som er avgjørende. Eventuelt også begge deler slik at man etter en samlet vurdering kan komme til at det ikke er en virksomhet, selv om man er innenfor den nedre grense for momentene isolert sett. Dette spørsmålet vil besvares avslutningsvis under 4.6.

#### 4.3 Aktivitetens omfang og varighet

Som nevnt hører gevinst og tap på fordringer naturlig under gevinst og tap på kapital, samtidig som det er overlapp med gevinst og tap i virksomhet. Generelt er det de tilfellene hvor det er utøvd en ikke ubetydelig aktivitet det er mer naturlig å karakterisere gevinsten eller tapet som oppstått i virksomhet. For å trekke denne grensen mot «passiv kapitalplassering eller -forvaltning», må det dermed ses hen til hvilket omfang og varighet

---

<sup>49</sup> Ot.prp.nr.86 (1997–1998) side 48

<sup>50</sup> Kristiansen (2014) s.369

denne aktiviteten har hatt.<sup>51</sup> Momentet omfang og varighet regnes derfor som det mest sentrale momentet for denne grensedragningen.<sup>52</sup>

#### 4.3.1 Nærmere om vurderingen

Begrepet «varighet og omfang» består isolert sett av to forskjellige parametere, og rent faktisk vil det være mulig å skille mellom varigheten av en aktivitet og dens omfang. Man kunne dermed tenke seg at dette bør behandles som to separate momenter, og enkelte synes å legge dette til grunn.<sup>53</sup>

Imidlertid blir aktivitetens omfang og varighet i lovens forarbeider omtalt sammen som ett moment.<sup>54</sup> Selv om det videre legges til grunn at «aktivitet av kortere varighet vil kunne regnes som virksomhet», noe som tyder på at varigheten kan vurderes for seg selv, sonderer ikke forarbeidene ytterligere mellom varigheten om omfanget av aktiviteten.

Vurderingene er likevel nært sammenhengende, og glir i stor grad over i hverandre. For eksempel vil enkeltstående aktiviteter ikke bli ansett som en varig aktivitet, og omfanget vil også være tilsvarende lite. I tråd med rettspraksis vil det derfor foretas en samlet vurdering av disse.<sup>55</sup> Her må aktivitetens omfang imidlertid holdes adskilt fra aktivitetens økonomiske karakter, og dens egnethet til å frembringe overskudd. Selv om stort omfang gjerne også er sammenfallende med stor økonomisk inntjening, er dette isolert sett et annet moment.<sup>56</sup>

#### 4.3.2 RT-2015-628 Solér

Vurderingsmomentet omfang og varighet i relasjon til fordringer ble særlig belyst i høyesterettsavgjørelsen RT-2015-628 Solér-dommen. Saken omhandlet en aksjeeier i Start Toppfotball AS, som hadde en aksjeandel på om lag 50% i selskapet. Gjennom en årrekke hadde han arbeidet om lag 50-60% stilling i selskapet uten å motta lønn for dette, gitt flere lån til klubben og garantert for lånebeløp. Spørsmålet var om aksjonæren kunne kreve fradrag for det tap han led som følge av at han måtte innfor en av disse garantiene.

Avgjørelsen viser at aksjonærposisjonen i seg selv ikke var en virksomhet, jf. Rt.1990 s.958 Quatro, og at tap på lån dermed som utgangspunkt heller ikke ville være fradragsberettiget. Videre uttalte retten at en aksjonærs aktivitet i et selskap likevel kunne bli ansett som

---

<sup>51</sup> Aarbakke (1990) s.126

<sup>52</sup> HR-2017-628-A avsnitt 52

<sup>53</sup> Kristiansen (2014) s.368

<sup>54</sup> Ot.prp.nr. 86 (1997-1998) s.48

<sup>55</sup> HR-2017-628-A avsnitt 51

<sup>56</sup> Ot.prp.nr. 86 (1997-1998) s.48

virksomhet og dermed gi grunnlag for fradrag for underskudd etter skatteloven § 6-2, gitt at kravet til aktivitet og omfang var oppfylt, og aktiviteten var utøvd for aksjonærens egen regning og risiko, og den var egnet til å gi økonomisk overskudd.

I den etterfølgende vurderingen av disse momentene ble særlig vurderingen av aktivitetens omfang og varighet tillagt vekt.<sup>57</sup> Aktiviteten var av lagmannsretten beskrevet som «særdeles aktivt eierskap», noe også Høyesterett sluttet seg til. Aktiviteten var utøvet over en lengre periode på 5 år, fra 2003 – 2008. Uten at det sies direkte, legges dette klart til grunn som tilstrekkelig varighet. Det ble videre vist til at den aktivitet som var utvist tilsvarte 50-60% av Solér's årlige arbeidskapasitet, for hvert av årene. Denne aktiviteten var stort sett utøvet uten formelle posisjoner i selskapet, og uten at det ble gitt lønn eller honorar for den jobb som ble gjort. Retten fant etter dette at også omfanget hadde vært tilstrekkelig.

Retten formulerer kravet til aktivitetens omfang som at den må være «betydelig».<sup>58</sup> Når Soler hadde benyttet «50-60 prosent av sin arbeidskapasitet», ble kravet til aktivitetens varighet og omfang klart ansett å være oppfylt. Selv om det neppe kan settes en matematisk grense for hvor stor del av en persons arbeidskapasitet som må inngå før omfanget anses å være tilstrekkelig, tilsier dommen at det neppe kan stilles særlig strenge krav her. Uten at det sies direkte kan det se ut til at det foreligger en viss dynamikk i vurderingen, slik at mindre omfang kan oppveies av lengre varighet, og motsatt. En slik komplementær forståelse av momentet synes også å være lagt til grunn i praksis for øvrig.<sup>59</sup>

#### 4.3.3 Hvilke aktiviteter kan medregnes i vurderingen?

Et sentralt spørsmål er videre hvilke aktiviteter som kan medregnes i vurderingen. Dette er en problemstilling som særlig har vært aktuell i nyere rettspraksis.

Det rettslige utgangspunktet for vurderingen av omfanget av aktiviteten er at alle former for aktivitet skal tas i betraktning, også de rent administrative forhold som kan ses som forvaltning av eierinteresser. Passiv kapitalforvaltningen regnes i for å være eierens disposisjoner over et formuesobjekt, med sikte på ordinær forrentning.<sup>60</sup> Ved vurderingen av virksomhetsbegrepet i relasjon til fordringer man altså ikke begrenset til kun å vurdere utlånsaktiviteten. Også andre aktiviteter vil kunne medføre at kreditor anses å drive

---

<sup>57</sup> Rt-2015-628 avsnitt 44

<sup>58</sup> Rt-215-628 avsnitt 43

<sup>59</sup> Berg-Rolness s.37

<sup>60</sup> Berg-Rolness (2009) s.132

virksomhet.<sup>61</sup> Dersom fordringen er fjerntliggende fra disse aktivitetene, vil dette imidlertid kunne medføre at det ikke foreligger tilstrekkelig tilknytning.

Dette må likevel modifieres noe for aksjonærposisjonen. Utgangspunktet i norsk rett er at det ikke er adgang til å ta hensyn til utøvelse av vanlige eierfunksjoner som aksjonær i vurderingen av om det foreligger en virksomhet.<sup>62</sup> Fordring i et selskap gitt av en aksjonær vil typisk anses som passiv kapitalplassering, og utøvelse av slike ordinære funksjoner som aksjonær i selskapet kan dermed klart nok ikke danne grunnlag for at aktiviteten skal anses som «virksomhet» i henhold til skattelovens § 6-2 annet ledd.

Dette spørsmålet sto sentralt i blant annet RT-2015-628 Solér. Et av spørsmålene retten måtte ta stilling til var om skattyterens aktivitet i selskapet hvor han var aksjonær skulle medregnes i vurderingen av om han drev virksomhet i skattelovens forstand, eller om dette var aktiviteter som måtte betegnes som utøvelse av ordinære aksjonæroppgaver.

Retten la til grunn at dersom en aksjonær skal kunne anses å drive slik virksomhet må det være utøvet ikke ubetydelig aktivitet ut over ordinære aksjonæroppgaver som «kjøp og salg av aksjer, oppfølging av investeringen, deltakelse på generalforsamling osv.».<sup>63</sup>

Dette utgangspunktet gjelder ikke bare for aksjonærer. I avgrensningen mot passiv kapitalplassering legger førstvoterende i Solér-dommen videre til grunn at «fradragsrett først og fremst er aktuelt for skattytere som ikke arbeider i og mottar lønn fra selskapet».<sup>64</sup> Dette innebærer at også ansatte arbeidstakere i selskapet må utøve en aktivitet utover det som naturlig følger av stillingen de er ansatt i.

Denne problemstillingen henger videre nært sammen med spørsmålet om hvem aktiviteten skal tilordnes, og det kan argumenteres for at også dette må vurderes under aktivitetens omfang og varighet.<sup>65</sup> Nærmere om dette i punkt 4.4.2 nedenfor.

## 4.4 Skattyters egen regning og risiko

### 4.4.1 Momentets relevans for fordringstilfellene

Hvorvidt skattyteren driver for egen regning og risiko er videre et sentralt vurderingsmoment under virksomhetsbegrepet. Momentet har tradisjonelt sett hatt størst betydning for

---

<sup>61</sup> Kristiansen (2014) s.369

<sup>62</sup> Zimmer, Skatterett 3/2016 s.3 flg.

<sup>63</sup> Rt-2015-628 avsnitt 33

<sup>64</sup> Rt-2015-628 avsnitt 43

<sup>65</sup> HR-2017-627-A avsnitt 35 flg.

avgrensning mot arbeidsinntekter i tjenesteforhold. Dette fremheves blant annet i forarbeidene til skattereformen 2004-2006, hvor det ble uttalt at «vilkåret om at aktiviteten må drives for eierens egen regning og risiko innebærer at det på samme måte som i dag må trekkes en grense mot lønnsarbeid i skattelovens forstand».<sup>66</sup> Men også for å trekke grensen mellom virksomhet og passiv kapitalplassering i fordringstilfellene vil dette momentet være relevant.

I den tradisjonelle avgrensningen mot arbeidsinntekter vil det normalt legges vekt på momenter som om skattyteren har egne driftsmidler, om skattyter ikke har krav på flere oppdrag fra arbeidsgiver, osv.<sup>67</sup> For avgrensning mot passiv kapitalplassering i fordringstilfellene passer ikke disse momentene like godt. Momentet «regning og risiko» har i fordringstilfellene imidlertid blitt ansett som avgjørende for tilordningsproblematikken, herunder også identifikasjon med andres handlinger.

Denne problemstillingen er sentral, fordi den avgjør hvilke aktiviteter det kan ses hen til i vurderingen av virksomhetskriteriet, som følgelig vil kunne få betydning for hvilket omfang og varighet aktiviteten har hatt. På den måten foreligger det en nær sammenheng mellom momentene «omfang og varighet» og «regning og risiko» i fordringstilfellene.

Problemstillingen har vært mye omdiskutert og blitt viet stor plass i rettspraksis. I det følgende vil det foretas en nærmere redegjørelse av denne vurderingen, og hvordan den har kommet til uttrykk i nyere rettspraksis.

#### 4.4.2 Hvem skal aktiviteten tilordnes?

Ved å avgjøre hvem som har tatt regningen og risikoen for den aktivitet som har vært drevet, vil det også vurderes hvem aktiviteten skal tilordnes. Denne problemstillingen oppstår særlig når det har vært nært samarbeid mellom flere skattesubjekter, men det særlig er et av dem det er ønskelig å tillegge gevinsten eller tapet på fordringen. Dette kan for eksempel være at det andre subjektet ikke er å anse som en virksomhet, eller det bare er et av subjektene som har en slik skatteplikt at fradraget vil kunne bli benyttet. Tilordningen kan da være avgjørende for om det er utøvet tilstrekkelig omfattende aktivitet for dette skattesubjektet til at det kan anses som «virksomhet» etter skatteloven.

I fortsettelsen av dette er det også naturlig å spørre om det er mulig med en fordeling av risikoen mellom partene. For eksempel ved at partene er solidarisk ansvarlige, eller deler på å dekke utgiftene til lønn og honorar. Hva gjelder tilordning er det grunnleggende

---

<sup>66</sup> Ot.prp. nr. 92 (2004-2005) s. 76

<sup>67</sup> Berg-Rolness (2009) s.74

utgangspunktet at gevinsten eller tapet skal tilordnes i samsvar med det privatrettslige rettsforhold som gjelder.<sup>68</sup> Selv om dette normalt vil samsvare med hvem som tar regningen og risikoen for aktiviteten, er det ikke gitt at dette er det samme skattesubjektet. For det tilfelle at aktiviteten synes å kunne tilordnes to skattesubjekter har det naturlige utgangspunkt vært at den av subjektene som har størst mulighet til å påvirke regningen og risikoen blir tilordnet aktiviteten.<sup>69</sup>

Dette gjør at et skattesubjekt i praksis kan tilordnes aktiviteten utøvet av et annet skattesubjekt. En slik mulighet er også forutsatt i lovens forarbeider hvor det er lagt til grunn at «ved vurderingen av om virksomhetskravet er oppfylt, har det ingen betydning om det er eieren selv eller andre, for eksempel ansatte, som har utøvet den aktuelle aktivitet».<sup>70</sup> Forarbeidene viser således at et skattesubjekt kan identifiseres med aktivitet utøvet av et annet, i vurderingen av om det foreligger en «virksomhet» i lovens forstand. Dette ble også resultatet i Rt-2013-421 Tronviken, hvor spørsmålet var om gevinsten ved inndrivelsen av ca. 300 misligholdte fordringer selskapet hadde ervervet var skattepliktig som gevinst på fordring. Inndringen var satt bort til inkassoselskaper, og spørsmålet var om denne aktiviteten kunne tilordnes Tronviken. Retten uttalte at «det må vurderes hvem som har den reelle interessen i aktiviteten, og hvem den først og fremst kommer til gode», og viste videre til den nevnte forarbeidsuttalelsen.<sup>71</sup>

I det følgende vil det nærmere belyses hva som skal til for at et skattesubjekt skal ha «den reelle interessen» i aktiviteten, og dermed kunne tilordnes den. Vurderingen har særlig kommet til uttrykk i to nyere høyesterettsdommer; HR-2017-627-A Raise og HR-2017-628-A Thinggaard. Disse illustrerer på en god måte hvordan vurderingsmomentet regning og risiko har kommet på spissen i nyere tid, og synes å avklare rettstilstanden på en god måte.

Det har videre vært omdiskutert hvorvidt dette er en problemstilling som bør behandles under vurderingsmomentet «omfang og varighet» eller «skattyters regning og risiko». Også denne rettslige plasseringen av vurderingen vil det ses nærmere på underveis.

#### 4.4.3 HR-2017-627-A Raise

Hvem aktiviteten skal tilordnes var en sentral del av avgjørelsen i HR-2017-627-A Raise. Saken gjaldt konsernet Raise, som drev frisørvirksomhet i stor skala. I forbindelse med

---

<sup>68</sup> Zimmer (2018) s.96

<sup>69</sup> Skaar mfl. (2006) s.377

<sup>70</sup> Ot.prp.nr.92 (2004–2005) side 76-77

<sup>71</sup> Rt-2013-421 avsnitt 36 flg.



internasjonal ekspansjon av virksomheten, ble det etablert et datterselskap – Raise International AS - som skulle forestå den internasjonale delen av virksomheten. Dette datterselskapet hadde igjen opprettet et datterdatterselskap, som drev virksomheten i Storbritannia. Her ble det ytet betydelige lån fra datterselskapet. Virksomheten i datterdatterselskapet gikk dårlig, og det ble konstatert et tap på 24 millioner på de utestående fordringene. Spørsmålet var om dette tapet var i «virksomhet», jf. sktl. § 6-2 annet ledd.

Retten viste til Rt-2015629 Solér, og de tre momentene som fremgår av forarbeidene. I vurderingen av om det faktisk var utøvd «virksomhet» i selskapet, ble det vist til at Raise International «i årene 2005–2008 ikke hadde noen driftsinntekter og bare hadde finansielle driftsmidler. Kostnadene var svært lave. Regnskapene i selskapet gir således inntrykk av at aktiviteten var på et meget beskjedent nivå».<sup>72</sup>

Etter dette synes det klart at aktiviteten i datterselskapet Raise International hadde hatt et heller beskjedent omfang de siste årene. Det sies ikke uttrykkelig hvilket av momentene retten vurderer, men basert på faktorene som blir vektlagt og den tidligere henvisningen til Rt-2015-628 synes retten her å vurdere hvilket omfang aktiviteten har hatt de siste årene.

Videre blir det vist til at særlig fire personer la ned et betydelig arbeid knyttet til utenlandssatsingen, og spørsmålet er hvorvidt dette er utført for Raise International AS. Det ble vist til at aktiviteten skjedde i selskapets interesse, men at Raise International ikke ble belastet noen kostnader i forbindelse med dette. Hverken lønnsutgifter, konsulentgodtgjørelse eller reiseutgifter. Det var heller ikke ytet noe administrasjonsbidrag fra Raise International, som var vanlig i Raise-konsernet. Retten la derfor til grunn at «arbeidet som ble utført som ledd i utenlandssatsingen, dels ble utført på et overordnet nivå, og dermed som arbeid for morselskapet Raise Gruppen AS».<sup>73</sup> Aktiviteten måtte dermed tilordnes morselskapet Raise Gruppen, og ikke datterselskapet Raise International.

Avgjørelsen får her motsatt resultat sammenlignet med den tidligere Rt-2013-421 Tronviken. Den avgjørende forskjellen synes å være at Raise International ikke ble belastet noen av utgiftene, hverken lønn, konsulentgodtgjørelse eller reiseutgifter. I Tronviken hadde selskapet klart nok måttet betale inkassoselskapet for den inndrivelse de foretok, hvilket var tilstrekkelig.

---

<sup>72</sup> HR-2017-627-A avsnitt 35

<sup>73</sup> HR-2017-627-A avsnitt 42

Det er imidlertid påfallende at førstvoterende her ikke kommer inn på vurderingsmomentet «skattyter egen regning og risiko», til tross for at dette blir eksplisitt fremhevet som et av momentene i vurderingen tidligere i votumet. Tilordningsvurderingen synes også å passe bedre under dette momentet, slik retten gjør i Tronviken.<sup>74</sup> Konklusjonen blir tilsynelatende fattet etter vurdering av bare ett moment, til tross for at førstvoterende innledningsvis synes å gi uttrykk for at det må foretas en helhetsvurdering.<sup>75</sup> Rettstilstanden etter HR-2017-627-A fremstår derfor som noe uklar, det må klart være rom for å kritisere avgjørelsen – særlig om den sammenlignes med Tronviken og den etterfølgende HR-2017-628-A Thinggaard.

#### 4.4.4 HR-2017-628-A Thinggaard

Samme dag og med samme sammensetning av dommere som i HR-2017-627-A Rase, ble Thinggaard-dommen avsagt. Saken omhandlet oppkjøp av et treforedlingsselskap, hvor Thinggaard var et av oppkjøpsselskapene. Oppkjøpet skjedde med sikte på restrukturering av selskapet. I den forbindelse hadde Thinggaard gitt et omfattende lån, som gikk tapt ta virksomheten senere ble nedlagt. Spørsmålet var dermed om det skulle gis fradragsrett for dette tapet, og herunder om det var snakk om en «virksomhet» i skattelovens forstand. I tillegg var det også spørsmål om tilknytningskravet var oppfylt. Det er verdt å merke at tapet oppsto før lovendringen i 6. oktober 2011, og at det ikke lenger gis fradrag for slik tap til nærstående.

Den første rettslige problemstillingen var om Thinggaard drev «virksomhet» i skattelovens forstand. Førstvoterende viser her til Rase, og går ikke nærmere inn på vurderingen av de tre ulike momentene som er fremhevet i forarbeidene. Det vises deretter til at tilordningsspørsmålet; «om Haglunds aktivitet for Peterson-gruppen skal regnes som en del av aktiviteten i Thinggaard», uten at det sies noe om hvilket moment dette knyttes til.<sup>76</sup> Den etterfølgende henvisningen til Tronviken er imidlertid interessant.<sup>77</sup> Her ble det vist til at kriteriet «regning og risiko» også har betydning for spørsmålet om hvem en virksomhet skal tilordnes. Videre ble det uttalt at «(K)riteriet regning og risiko kan være et hensiktsmessig utgangspunkt, også der det er spørsmål om hvilket konsernselskap en aktivitet skal tilordnes». Tilordningsvurderingen må etter dette, slik som etter Tronviken, plasseres under momentet «skattyters regning og risiko».

---

<sup>74</sup> Rt-2013-421 avsnitt 32

<sup>75</sup> Zimmer Skatterett 2/2018 s.165 flg.

<sup>76</sup> HR-2017-628-A avsnitt 33

<sup>77</sup> HR-2017-628-A avsnitt 38 flg.

I likhet med Raise var det heller ikke her snakk om noen aktivitet av betydning i selskapet isolert sett. Avgjørende ble derfor om den aktivitet Haglund hadde utøvd i Peterson-gruppen kunne tas i betraktning i virksomhetsvurderingen for Thinggaard.

I vurderingen av hva som måtte kreves for at en nærstående i en slik situasjon kunne sies å ha opptrådt på selskapets vegne, ble det vist til at Haglund selv aktivt hadde bistått i utviklingen av bedriftene han kjøpte opp, med sikte på fremtidig gevinst ved salg av virksomheten. Retten la videre vekt på at den aktiviteten som var utøvd var en videreføring av den aktivitet Haglund tidligere hadde drevet. Bakgrunnen for etableringen av det nye selskapet hadde vært å videreføre denne, noe som talte for at Hauglunds aktivitet i porteføljeselskapene måtte anses som en del av aktiviteten i dette selskapet.

Staten hadde videre vist til at Haglund ikke tok ut lønn fra selskapet, og at selskapet heller ikke på annen måte ble belastet for arbeidet. Retten bemerket her at dette var en naturlig del av konstruksjonen med porteføljeselskaper. Hensikten var nettopp å utvikle selskapene til lavest mulig pris, og selge de med gevinst. Hvem som betalte lønn og løpende utgifter var således en formalitet, og det personlige engasjementet i selskapet ble ansett avgjørende. Haugland hadde utøvet et «aktivt eierskap som går ut over alminnelige aksjonærbeføyelser», basert på en «helhetsvurdering av karakteren, omfanget og varigheten av utviklingsaktiviteten».

Påfallende nok fikk denne dommen, riktignok under dissens, motsatt resultat fra Raise. Dette til tross for at det avgjørende momentet i Raise; hvorvidt selskapet var blitt belastet kostnader i form av lønn o.l. strengt tatt heller ikke forelå i denne saken. Førstvoterende i Thinggaard kan synes å ha lagt avgjørende vekt på Haglunds personlige engasjement, og at aktiviteten var en videreføring av den aktivitet Haglund tidligere drev. Nyansen er hårfin, og det er grunn til å stille spørsmålstegn ved resultatet i Raise.

#### 4.5 Kravet til aktivitetens økonomiske karakter

Til slutt er det også et vurderingsmoment hvorvidt aktiviteten har en økonomisk karakter. Dette vilkåret kan utledes allerede av ordlyden «virksomhet».<sup>78</sup> I praksis har momentet hatt størst betydning for skillet mellom virksomhet og fritidsaktiviteter og andre former for forbruk.<sup>79</sup>

---

<sup>78</sup> Zimmer (2018) s.146

<sup>79</sup> Zimmer (2018) s.146

Når det gjelder virksomhetsbegrepet i relasjon til tap og gevinst på fordringer, er det som nevnt grensedragningen mot passiv kapitalplassering som er avgjørende. Også for kapitalplassering utenfor virksomhet vil som regel kravet om en «økonomisk karakter» være oppfylt. Momentet er derfor lite egnet til å trekke grensen mellom virksomhet og passiv kapitalplassering.<sup>80</sup> Praksis viser også at dette momentet sjelden blir problematisert i fordringstilfellene.

Likevel viser rettspraksis at momentet også hører hjemme i vurderingen av virksomhetsbegrepet i relasjon til fordringer.<sup>81</sup> Selv om det ikke har like stor betydning for grensedragningen mot passiv kapitalplassering, er det like fullt et moment i vurderingen av om det foreligger «virksomhet». Selv om fordringen i seg selv har en økonomisk karakter, er det ikke ensbetydende med at aktiviteten som drives er av en økonomisk karakter. Vurderingstemaet blir her om den utøvde «innsats i form av kapital, garantier og arbeid etter en objektiv vurdering kunne gi ... overskudd».<sup>82</sup>

Det anses derfor hensiktsmessig med en kort redegjørelse av dette gjennom Rt-1985-319 Ringnes, som anses å gi uttrykk for vurderingen på en god måte.

#### 4.5.1 Rt-1985-319 Ringnes

Ringnes-dommen omhandlet landbrukseiendommen Høgkastet, som var eid av Christian Ringnes. Eiendommen var ikke tilknyttet den øvrige forretningsdrift Ringnes drev, men den ble jevnlig vedlikeholdt for betydelige beløp som medførte store kostnader. Driften av eiendommen hadde hvert år hatt et varierende underskudd i årene 1975 til 1979 i størrelsesorden 9 – 16 000 kroner årlig. Ringnes krevde derfor å trekke fra dette underskuddet i sin inntekt for øvrig.

Skattemyndighetene anførte at det ikke lenger var snakk om en virksomhet i lovens forstand, av den grunn at den ikke var egnet til å gå med overskudd, og heller bar preg av å være en fritidseiendom med løpende utgifter.

Retten viste til at det måtte foretas en konkret vurdering av alle sidene av virksomheten, hvor det skulle legges vekt på de nevnte momentene som nå fremgår av forarbeidene, herunder om aktiviteten hadde en «økonomisk karakter». Det ble vist til at det ikke var uvanlig at en jordbrukseiendom i oppstartsårene pådrar seg store utgifter som følge av investeringer, og at

---

<sup>80</sup> Zimmer Skatterett 2/2018 s.165 flg.

<sup>81</sup> Se b.la. Rt-2015-628 avsnitt 46 og HR-2017-627-A avsnitt 28

<sup>82</sup> Rt-2015-628 avsnitt 46

den først på sikt ville gi en «rimelig avkastning». Begrepet synes å bygge på formuleringen den tidligere Rt-1965-1159 Vister; «ikke ubetydelige pengebeløp».

I den aktuelle saken hadde det imidlertid ikke påvist noen «entydig tendens til voksende brutto avkastning». Det forelå heller ingen driftsplan som viste at dette var sannsynlig for de kommende årene. Eiendommen hadde derfor et «betydelig preg av ferie- og fritidssted for saksøkeren», og var ikke å anse som «virksomhet» i skattelovens forstand.

Retten viser at det ikke er noe krav at aktiviteten medfører brutto overskudd for hvert enkelt år, og det legges implisitt til grunn at det – særlig i oppstartsfasen – aksepteres flere år uten nevneverdig avkastning. Dersom denne perioden blir langvarig bør det imidlertid ligge en solid driftsplan i grunn, som viser at aktiviteten i alle fall over noe tid er egnet til å gi brutto overskudd. Implisitt legges det altså opp til at karakteristikken vil kunne endre seg med tiden, slik at vurderingen må foretas forløpende.<sup>83</sup>

Hva gjelder avkastningens størrelse, settes det imidlertid ikke andre krav enn at det må være en «rimelig avkastning» på sikt. Hvilken avkastning som er skal regnes som «rimelig» er neppe klart. Trolig kan det ikke stilles for strenge krav her, og vurderingen må foretas særskilt for hver enkelt aktivitet.

#### 4.6 Avsluttende bemerkning - helhetsvurdering av alle momentene?

De nyere høyesterettsavgjørelsene kan tyde på at det har skjedd en oppmykning i virksomhetsbegrepet, slik at det ikke lenger stilles like strenge krav for å anse en aktivitet som «virksomhet» etter skatteloven. Denne oppfatningen kommer også til uttrykk i Thinggaarddommen, hvor retten sier at det har skjedd en «viss oppmykning».<sup>84</sup>

Gjennom redegjørelsen ovenfor har vi sett nærmere på den nedre grense i hvert enkelt vurderingsmoment. En særskilt problemstilling er imidlertid hvorvidt det skal foretas en helhetsvurdering av samtlige av vurderingsmomentene, eller hvorvidt de hver for seg er kumulative vilkår som må være oppfylt. Eventuelt også begge deler.

I lovens forarbeider fremgår det at «Det må avgjøres etter en skjønnsmessig vurdering om en aktivitet skal kunne anses som virksomhet i skattelovens forstand». Det blir videre fremhevet

---

<sup>83</sup> Zimmer (2018) s.148

<sup>84</sup> HR-2017-627-A avsnitt 45

at disse tre «momentene» vil være sentrale, og videre at «i foreliggende lovutkast er begrepet «virksomhet» brukt om aktivitet som oppfyller disse kriteriene».<sup>85</sup>

Forarbeidene legger altså opp til at det må foretas en skjønnsmessig vurdering av aktiviteten i sin helhet, men siste setning tyder også på at hvert enkelt kriterie må være oppfylt. Basert på lovens forarbeider kan det synes som om hver av de tre «kriteriene» utgjør selvstendige skranker, som hver for seg setter en nedre grense for om virksomhetskriteriet er oppfylt.

Også slik Høyesterett formulerer seg i vurderingene, kan det tyde på at hvert enkelt moment utgjør en selvstendig skranke. Dette kommer tydelig frem i Rt-2013-421 Tronviken, hvor retten hvor retten la til grunn at det forelå tilstrekkelig varighet og omfang, og videre at aktiviteten hadde en økonomisk karakter som var egnet til å gi overskudd. Det avgjørende var om inkassoselskapets aktivitet oppfylte kravet til skattyters «regning og risiko».<sup>86</sup>

Som rettspraksis viser, er også momentene sentrale for avgrensninger i hvert sitt typetilfelle. Førstnevnte moment; aktivitetens omfang og varighet, får først og fremst betydning for grensedragningen mellom virksomhetsinntekter og passive kapitalinntekter. Videre vil momentet «regning og risiko» først og fremst trekke grensen mellom virksomhets- og arbeidsinntekt, men også hvor det er tvil om hvem som skal tilordnes den aktivitet som er utøvet.<sup>87</sup> Momentet «økonomisk karakter» og mulighet til å gå med økonomisk overskudd fungerer på sin side som avgrensning mot hobbyaktiviteter.

Høyesterett har imidlertid ikke tatt aktivt standpunkt til om momentene er gjenstand for en helhetsvurdering. Formuleringen til førstvoterende i HR-2017-627-A Rase kan også tas til inntekt for at det må foretas en helhetsvurdering av de tre momentene.<sup>88</sup> Dette støttes også av at det ikke blir konkludert med at et særskilt moment ikke er oppfylt, men at virksomhetsvilkåret som sådan ikke var oppfylt.

At momentene er selvstendige vilkår som kommer på spissen i gitte situasjoner har fått støtte i juridisk teori av blant annet Frederik Zimmer. Han fremhever at «i hver sin sammenheng opptrer de som mer enn skjønnsmomenter; de er nærmest uttrykk for avgjørende kriterier».<sup>89</sup> Han har også kritisert førstevoterendes formulering i HR-2017-627-A Rase, og mener klart at

---

<sup>85</sup> Ot.prp.nr.86 (1997-1998) side 48

<sup>86</sup> Rt-2013-421 avsnitt 32

<sup>87</sup> Rt-2013-421 avsnitt 33

<sup>88</sup> HR-2017-627-A avsnitt 28 flg.

<sup>89</sup> Zimmer, Skatterett 1/2014 s.3 flg.

det på grunn av vesensforskjellene mellom vilkårene ikke er naturlig med noen helhetsvurdering.<sup>90</sup>

På bakgrunn av dette er det mest naturlig å anse de tre «vurderingsmomentene» som kumulative vilkår som må foreligge for at det skal være snakk om en «virksomhet» i skattelovens forstand. Dette utelukker imidlertid ikke i seg selv at det også kan være rom for en helhetsvurdering, men på grunn av sin art blir likevel momentene først og fremst aktuelle i hver sine typetilfeller. Ettersom de først og fremst blir aktuelle i forskjellige tilfeller, lar de seg vanskelig kombinere i noen «helhetsvurdering», hvor det foretas en samlet skjønnsmessig vurdering av alle vilkårene. Noen slik helhetsvurdering synes heller ikke å ha vært uttrykkelig foretatt i rettspraksis.

Nyere høyesterettsavgjørelser viser imidlertid at det stadig er utvikling på dette området, og nye grensetilfeller kan oppstå. Konklusjonen må nok imidlertid være at vurderingsmomentene fungerer som kumulative vilkår, med hensikt å trekke grensen mot særskilte grensetilfeller.

#### 4.7 Tidspunktet for vurderingen?

Ved vurderingen av om det foreligger en «virksomhet» i skattelovens forstand, må det også legges til grunn hvilket tidspunkt som skal være avgjørende for vurderingen av om det foreligger en virksomhet. Forretningslivet er dynamisk, og det som ikke er å regne for en virksomhet på et tidspunkt, kan over tid utvikle seg til å bli det.<sup>91</sup> Når vurderingen først skal foretas, er det følgelig et viktig spørsmål hvilket tidspunkt man skal legge til grunn for vurderingen.

I vurderingen av om vilkår for skatteplikt eller fradrag rett er oppfylt, er det generelle utgangspunktet i skatteretten at bedømmelsen skal skje på det tidspunktet tapet som det kreves fradrag for, er endelig konstatert. Dette er også utgangspunktet i vurderingen av om det foreligger en «virksomhet».<sup>92</sup> Likevel må det også legges vekt på forholdene ved stiftelsen av selskapet, og hvordan den har utviklet seg i ettertid.<sup>93</sup>

Ut fra dette må det dermed tas utgangspunkt i hvorvidt det er snakk om en «virksomhet» på det tidspunktet tapet eller gevinsten er konstatert, men slik at det også kan tas hensyn til forholdene på stiftelsestidspunktet og den etterfølgende utviklingen. Trolig må det likevel

---

<sup>90</sup> Zimmer, Skatterett 2/2018 s.165 flg.

<sup>91</sup> Rt-1985-319

<sup>92</sup> HR-2017-627- A avsnitt 34

<sup>93</sup> Rt-2008-145 avsnitt 41

bare være i helt spesielle tilfeller at de sistnevnte momentene kan føre til et annet resultat enn det forholdene på konstateringstidspunktet tilsier. Særlig kan dette være i tilfellet hvor det er tvil om det på konstateringstidspunktet er en virksomhet, og forholdene på stiftelsestidspunktet og den etterfølgende utviklingen trekker sterkt i den ene eller andre retningen.



## 5. Tilknytningskriteriet

### 5.1 Det rettslige utgangspunktet

Under den forutsetning at virksomhetskriteriet er oppfylt stilles det videre krav om tilstrekkelig tilknytning, som sammen med virksomhetskriteriet er avgjørende for om det foreligger fradragsrett eller skatteplikt for fordringen. Rettslig kan tilknytningskriteriet utledes av ordlyden «i virksomhet» i sktl. § 6-2, hvor bindeordet «i» viser at det må foreligge en viss form for tilknytning mellom virksomheten og tapet. Dette viser også at det ikke går noen klar grense mellom virksomhetskriteriet og tilknytningskriteriet, selv om de prinsipielt sett er to forskjellige vilkår.<sup>94</sup>

I likhet med virksomhetskriteriet er også hensikten bak kravet om tilstrekkelig tilknytning å trekke grensen mot passiv kapitalplassering.<sup>95</sup> Utgangspunktet for fordringer er imidlertid at de er stiftet som nettopp en passiv kapitalplassering med sikte på avkastning, for eksempel renter.<sup>96</sup> På bakgrunn av dette har det derfor gjennom langvarig rettspraksis blitt utviklet et krav om «særlig og nær tilknytning».

I det følgende vil det foretas en nærmere redegjørelse av dette særskilte tilknytningskravet. Innledningsvis vil det kort redegjøres for grensen mot det alminnelige tilknytningskravet, og hvilke situasjoner det gjelder for. Videre vil det foretas en nærmere analyse av vurderingsmomentene under denne rettslige normen, og hvordan disse trekker grensen mot passiv kapitalplassering.

I tillegg til grensetilfellene under «særlig og nær tilknytning» finnes det en rekke tilfeller hvor det klart nok må sies å foreligge en tilstrekkelig tilknytning. Likevel må utgangspunktet være at også disse fordringene er stiftet som en passiv kapitalplassering, for eksempel ved at en kundefordring kan stå å forrente seg.<sup>97</sup> Det anses derfor hensiktsmessig å kort nevne disse, også ettersom de er illustrerende for når det kan bli aktuelt med en grundig vurdering av «særlig og nær tilknytning».

---

<sup>94</sup> HR-2017-628-A avsnitt 44

<sup>95</sup> Kristiansen s.371 og Rt-1993-396 s.399

<sup>96</sup> Berg-Rolness (2009) s.187

<sup>97</sup> Berg-Rolness (2009) s.188-189

## 5.2 «Særlig og nær tilknytning» eller det alminnelige tilknytningskravet?

Som vi har sett, stilles det gjennomgående de samme krav for at en gevinst på fordring skal være skattepliktig som for at tap skal være fradragsberettiget. Hva gjelder tilknytningskriteriet er ikke dette like selvsagt.

Tilknytningskravet for gevinst på fordringer utledes av sktl. § 5-1 jf. § 5-30 «vunnet ved» virksomhet. Begrepet «vunnet ved» gir her uttrykk for det alminnelige tilknytningskravet i skatteretten. Den rådende rettsoppfatning er at fordringer (og aksjer frem til 1992) har vært underlagt et eget tilknytningskrav, forskjellig fra det alminnelige tilknytningskravet.<sup>98</sup> Dermed kan det stilles spørsmål ved hvorvidt det alminnelige tilknytningskravet må legges til grunn for gevinster på fordringer.

Til tross for ordlyden i lovbestemmelsene må gjeldende rett likefult være at det særskilte tilknytningskravet også gjelder for gevinst på fordringer. Dette kommer blant annet til uttrykk i HR-2018-2433-A Yara I, som omhandler skatteplikt på termineringsgebyr mottatt fra en kontraktspart som trakk seg fra en avtale. Retten la her til grunn at kravet om «særlig og nær tilknytning» fortsatt måtte gjelde for gevinst og tap på fordringer.<sup>99</sup>

Derimot kan det være vanskeligere å trekke grensen for hvilke tilstøtende tilfeller som skal behandles etter det skjerpede tilknytningskravet, og hvilke som skal følge det alminnelige tilknytningskravet. Det foreligger særdeles lite rettskilder som behandler denne problemstillingen. Spørsmålet var sist oppe i HR-2018-2433-A Yara I, hvor spørsmålet var hvilket av tilknytningskriteriene som skulle gjelde for gevinst på termingebyr. Retten tok ikke stilling til spørsmålet, da de fant at kravet til «særlig og nær tilknytning» uansett var oppfylt. Gjeldende rett er dermed noe usikker på dette området, men det kan være naturlig å forstå dommen slik at det skjerpede kravet kun gjelder for grensen mellom en skattepliktshjemmel og en regel som uttrykkelig oppstiller skattefrihet.<sup>100</sup>

Uavhengig av den nærmere gresedragningen er det klart nok at det gjelder et slik skjerpet krav til tilknytning både for gevinst og tap på fordringer. Dette vil derfor være fokus i det følgende.

---

<sup>98</sup> Se til eksempel Rt-1976-1467 og Berg-Rolness (2009) s.209-210

<sup>99</sup> HR-2018-2433 avsnitt 43 flg.

<sup>100</sup> Zimmer, Skatterett 3/2019 s.50 flg.

### 5.3 Fordringer som klart har tilstrekkelig tilknytning

I en rekke tilfeller må det altså anses klart at det foreligger en tilstrekkelig tilknytning mellom virksomheten og fordringen på debitor, og det er først når det ikke er en slik direkte sammenheng at det må foretas en nærmere vurdering av om det foreligger en «særlig og nær tilknytning».<sup>101</sup>

For det første må det anses klart at vanlige kunde- og leverandørfordringer er omfattet.<sup>102</sup> Ved å yte kreditt til kunder vil virksomheten ofte ha utestående fordringer som de kan inndrive. Det er da ikke uvanlig at enkelte kunder går konkurs eller av andre grunner ikke kan gjøre opp for seg, og det er et konstaterbart tap på fordringen. Ettersom fordringen oppstår som en forpliktelse for debitor ved mottagelse av varer eller tjenester, må fordringen klart nok ha en tilstrekkelig tilknytning til kreditors virksomhet.

Tilsvarende må også være tilfellet dersom en virksomhet mottar en fordring som betaling i den ordinære virksomheten, for eksempel som oppgjør for en vare eller tjeneste.<sup>103</sup> Selv om fordringen på en tredjemann ikke har noen slik tilknytning til virksomhetens omsetning i seg selv, er den for virksomheten klart nok oppnådd i tilknytning til den eksisterende virksomheten, og må behandles på samme måte som kundefordringer.

Det er for øvrig lite praksis som illustrerer grensen for når en fordring klart anses å ha en slik tilknytning, og når det må foretas en grundigere vurdering av tilknytningen. Det lar seg vanskelig trekke noen eksakt grense her, og gjeldende rett synes å være at det må vurderes om fordringen har en «særlig og nær tilknytning» til virksomheten foruten de helt klare tilfellene hvor fordringen springer ut av den alminnelige virksomhet, som for eksempel kundefordringer.

### 5.4 Særlig og nær tilknytning – grensen mot passiv kapitalplassering

Den rettslige terskelen «særlig og nær tilknytning» er domstolskapt, og må først og fremst klarlegges gjennom rettspraksis. Begrepet kom for første gang til uttrykk i Rt-1976-1467 Løiten Brænderi. Saken omhandlet innskutt aksjekapital og lån i et investerings- og utviklingsselskap, hvor all aksjekapital og lån aksjonærene hadde ytet til selskapet gikk tapt. Løiten Brænderi var en av hovedaksjonærene, og ville fradragsføre tapet de hadde lidt.

---

<sup>101</sup> Kristiansen (2014) s.371

<sup>102</sup> Zimmer & BAHR (2019) s.188

<sup>103</sup> Skatte ABC 2020/2021 Fordringer pkt. 8.3.5

Retten la til grunn at det måtte trekkes et skille mellom «erwerb av aksjer som selvstendig kapitalplassering med sikte på lønnsom avkastning, og erwerb av aksjer i annen virksomhet for å oppnå forretningsmessige fordeler i skattyterens egen næringsvirksomhet».<sup>104</sup> Hvor det kun var sistnevnte som ga rett til fradrag for tap. Dommen viser således at kriteriet er avgjørende for å trekke grensen mot passiv kapitalplassering. Selv om dommen gjaldt erwerb av aksjer, må grensen som nevnt også trekkes tilsvarende for fordringer.

Vurderingskriteriet «særlig og nær tilknytning» har senere blitt fulgt opp i et titalls andre høyesterettsdommer, som gjør at det i dag må sies å være en rettslig standard. De fleste av disse omhandlet spørsmål om inntektsfradrag for aksjetap, som ikke er aktuelt etter skattereformen i 1992.<sup>105</sup> Disse avgjørelsene blir likevel tillagt vekt ved vurderingen av den rettslige standarden i dag.

Ved vurderingen av om det foreligger en særlig og nær tilknytning er det særlig to momenter som vil kunne være avgjørende, «fordringen må komme kreditors egen virksomhet til gode eller på andre måter være sterkt integrert i denne».<sup>106</sup> I det følgende vil det derfor redegjøres nærmere for disse og noen av de særegne problemstillingene som oppstår i tilknytning til dem under oppgavens punkt 5.4 og 5.5. Avslutningsvis vil det også foretas en gjennomgang av hvorvidt det skal foretas en «samlet vurdering» av disse momentene.

### 5.5 Motivet for fordringen – kreditors egen virksomhet til gode

Det er altså et moment i vurderingen om fordringen kommer kreditors egen virksomhet til gode. Ettersom de situasjoner hvor denne vurderingen blir aktuell ofte er hvor det foreligger et tap på fordringen, vil fordringen naturligvis ikke ha kommet virksomheten til gode direkte. Dersom en slik forståelse hadde blitt lagt til grunn, ville det derfor sjelden vært snakk om en tilstrekkelig tilknytning når det foreligger tap, men kun når det foreligger gevinst. Det avgjørende må derfor være hvilket *motiv* kreditor hadde, og hvorvidt det bærer preg av å være en passiv kapitalplassering eller om den er gjort av hensyn til egen virksomhet.<sup>107</sup>

Motivet for investeringen ble blant annet tillagt vekt i vurderingen av om det forelå en «særlig og nær tilknytning» i Rt-2005-1157 Commercial Buildings. Saken omhandlet det norske eiendomsselskapet Commercial Buildings (CB), som hadde satset på en rekke eiendomsprosjekter i USA gjennom et datterselskap der. Selskapene hadde tidligere vært et

---

<sup>104</sup> Rt-1976-1467 s.1470-1471

<sup>105</sup> Rt-2005-1157 avsnitt 46

<sup>106</sup> HR-2017-628-A avsnitt 58

<sup>107</sup> Bragstad, Skatterett 1/2006 s.90

felles selskap. Det norske morselskapet hadde ytet større pengelån til datterselskapet, og etter realisasjon av eiendommene var det klart at datterselskapet ikke ville være i stand til å innfri fordringen. Det var klart nok at det norske morselskapet var en virksomhet, og at fordringen var endelig tapt. Det avgjørende var således om det var tilstrekkelig tilknytning mellom fordringen og den inntektsbringende virksomheten.

Det måtte her skilles mellom hvorvidt motivet har vært å foreta en passiv kapitalplassering, i motsetning til aktivt eierskap. Retten synes her å legge en objektiv vurdering til grunn. At det her var snakk om et aktivt eierskap ble funnet bevist ved at CB selv måtte garantere for de amerikanske selskapene, og stadig sørge for tilførsel av kapital. Beslutningsmyndigheten for større utbetalinger lå hele tiden hos direktøren i CB. Det kunne ikke stilles som vilkår at prosjektet måtte ha en positiv effekt på selskapets øvrige drift.

At vurderingen er objektiv kommer også klart til uttrykk allerede i Rt-1976-1467 Løiten. Retten foretok her en objektiv vurdering av om aksjeervervet var «nødvendig eller av vesentlig betydning» for aksjonærens egen virksomhet.<sup>108</sup> Tilsvarende også i Rt-1986-58 Asdahl, hvor en bedriftsrådgiver hadde lidt tap på engasjement i aksjeselskap ved lån og garantier. Retten la her til grunn at motivet måtte forankres i «hvorledes forholdet fremtrer utad, objektivt sett, ikke i antakelser om hvilke subjektive forestillinger den enkelte skattyter kan ha gjort seg».<sup>109</sup> En subjektiv vurdering av motivet ville klart nok vært vanskelig, ettersom det gjerne er lite holdepunkter for å klarlegge hva beslutningstakerne i virksomheten har tenkt.

Rettspraksis har også gitt uttrykk for at vurderingen må være dynamisk. I Rt-2005-1171 Skjelland ble det lagt vekt på at fordringen etter hvert fikk mindre preg av å være passiv kapitalplassering, og fikk «mer og mer karakter av støttevirksomhet» ovenfor debitorselskapene. At det opprinnelige formålet kan synes å ha vært passiv kapitalplassering er altså ikke til hinder for at etterfølgende aktivitet kan endre karakteren. Dette samsvarer også godt med Høyesteretts vurdering i tidligere avgjørelser.<sup>110</sup>

I Rt-2008-389 Norsk Struts kan det imidlertid virke som om denne oppfatningen ikke kan være riktig. I dommen legger retten til grunn at «situasjonen ved stiftelsen av selskapet og erverv av aksjene høsten 1994 skal legges til grunn».<sup>111</sup> Det fremkommer imidlertid også at

---

<sup>108</sup> Rt-2008-389 avsnitt 45

<sup>109</sup> Rt-1986-58 s.64

<sup>110</sup> Rt-1951-768 s.771

<sup>111</sup> Rt-2008-389 avsnitt 41

partene var enige om disse forholdene skulle legges til grunn, og at det ikke var anført noen forhold etter stiftelsen som kunne ha betydning for bedømmelsen av kravet til tilknytning.

At situasjonen ved stiftelsen skal være avgjørende er også omdiskutert i juridisk teori, hvor det gis uttrykk for at det er grunn til å stille spørsmålsteget ved dette utsagnet.<sup>112</sup> Min vurdering er at utsagnet i Norsk Struts må forstås ut fra sakens kontekst, hvor partene var enige om at forholdene ved oppstartstidspunktet skulle legges til grunn, og at det for øvrig ikke var snakk om etterfølgende momenter. Dersom det hadde vært slike momenter av betydning er det nærliggende å tro at retten ville sett hen til disse, i likhet med Rt-2005-1171 Skjelland.

Med utgangspunkt i en objektiv og dynamisk vurdering av formålet, må det tas utgangspunkt i de disposisjoner som har vært foretatt, og om disse kommer kreditors virksomhet til gode. I Commercial Buildings la retten vekt på at selskapet tok sikte på å være en «aktiv eier», og at samtlige utbetalinger måtte godkjennes av selskapets amerikanske prosjektleder.<sup>113</sup> Det var videre ikke nødvendig å påvise at investering ga positiv effekt på selskapets øvrige drift. Aktivitetens omfang har dermed også betydning for tilknytningsvurderingen, i likhet med virksomhetsbegrepet. Forskjellen er at her vurderes aktiviteten i den enkelte fordring, og ikke virksomheten som sådan. Kravet til aktivitet synes også å være betydelig lavere for tilknytningsvurderingen, da dette ikke er et avgjørende moment i seg selv.

#### 5.5.1 Midlertidig kapitalplassering

Under vurderingen av motivet for investeringen er det særlig verdt å se nærmere på tilfellet hvor det er foretatt en midlertidig kapitalplassering. For enkelte virksomheter vil det være svært varierende hvor mye kapital virksomheten har tilgjengelig, og hvor lenge de har den tilgjengelig. Særlig hvis det planlegges større investeringer og innkjøp, vil virksomheten etter hvert bygge seg opp en kapital som det kan være fornuftig å foreta midlertidige investeringer med, frem til den skal brukes i virksomheten.

For slike midlertidige kapitalplasseringer er det vanlig at virksomhetene investerer i aksjer i andre virksomheter eller i obligasjoner og fordringer. Dermed oppstår spørsmålet om det er en tilstrekkelig tilknytning mellom virksomheten og den gevinst eller tap disse investeringene genererer, og dermed om det foreligger skatteplikt og fradragsrett.

---

<sup>112</sup> Zimmer, Skatterett 4/2009

<sup>113</sup> Rt-2005-1157 avsnitt 50

Denne problemstillingen var mest aktuell før 1992, da gevinst og tap ved realisasjon av aksjer ikke var skattepliktig/fradragsberettiget.<sup>114</sup> Aktuell høyesterettspraksis rundt problemstillingen gjelder derfor nettopp fradrag for tap på aksjer. Problemstillingen er imidlertid fortsatt aktuell for gevinst og tap på obligasjoner og fordringer, og tidligere rettspraksis vil fortsatt være relevant for tilknytningsvurderingen av disse.

Hvorvidt midlertidig plassering av ledig kapital i aksjer har tilstrekkelig tilknytning var blant spørsmålene som ble behandlet i Rt-1982-501 Awilco. Saken omhandlet et skipsaksjeselskap, som hadde plassert ledig kapital i aksjer i andre selskap. Et av årene var det lidt et betydelig tap ved salg av aksjene, og virksomheten ønsket å kreve fradrag for tapet i virksomhetens øvrige inntekt. Spørsmålet var om omsetningen av aksjene hadde en tilstrekkelig nær tilknytning til virksomhetens øvrige virksomhet at det var lidt «i næring», som var ordlyden etter den gamle skattelovens § 44.

Lagmannsretten hadde vist til at omsetningen av aksjer hadde en «særlig betydning» for den samlede virksomhet firmaet drev, og anså dette som tilstrekkelig selv om de enkelte verdipapirer ikke hadde noen tilknytning til virksomheten i seg selv. Høyesterett var imidlertid ikke enige i dette. Etter en gjennomgang av gjeldende rett etter tidligere avgjørelser ble det lagt til grunn at midlertidig plassering inntil midlene skulle brukes i virksomheten ville ha tilstrekkelig tilknytning. Derimot var det her snakk om en så aktiv investeringsvirksomhet hvor hovedformålet var å oppnå størst mulig avkastning, at virksomhetstilknytningen måtte anses avbrutt og heller betraktes som en selvstendig kapitalplassering.

Avgjørelsen viser altså at midlertidige kapitalplasseringer som utgangspunkt har en tilstrekkelig tilknytning, men at det må trekkes en grense mot tilfellene hvor hensikten er å oppnå størst mulig gevinst og investeringen bærer mer preg av å være en selvstendig kapitalplassering. Tilsvarende har også vært fulgt opp i senere avgjørelser, hvor retten har vektlagt momenter som lav risiko og mulighet for hurtig realisering i vurderingen av om det er snakk om en midlertidig investering.<sup>115</sup>

## 5.6 Integrert virksomhet

Et annet moment som har blitt vektlagt i vurderingen av om det foreligger særlig og nær tilknytning er om fordringen er mellom to integrerte virksomheter. Integrerte virksomheter kan kort forklares som et organisasjonsmessig samarbeid mellom de to selskaper, som gjør at

---

<sup>114</sup> Skatte ABC 2020/2021 Fordringer 8.3.7

<sup>115</sup> Rt-1992-108 Norse II s.114

også fordringer mellom dem vil ha tilsvarende nært forhold.<sup>116</sup> Generelt kan integrasjonstilfellene deles inn i to underkategorier; vertikal og horisontal integrasjon.<sup>117</sup>

#### 5.6.1 Vertikal integrasjon

Vertikal integrasjon er den tradisjonelle formen for integrasjon, som har sitt utspring i Rt-1976-1467 Løiten. Ved vertikal integrasjon har kreditor og debitor en hierarkisk virksomhetsstruktur, hvor kreditor er overordnet debitor, og foretar investeringer i debitorselskapet med sikte på å få fordeler i sin egen virksomhet. I et slik vertikalt forhold driver de forskjellig type virksomhet, men hvor hvert selskaps aktivitet er tilpasset den aktivitet som utøves av de øvrige selskapene.<sup>118</sup>

I den aktuelle saken hadde Løiten Brænderi inngått en samarbeidsavtale med et investeringsselskap om opprettelse av en konservervirksomhet, som etterhvert ble overført til et eget selskap, Løitens Produkter. Løiten Brænderi eide 49 % av aksjene i selskapet, og vederlaget for aksjene hadde for det vesentlige bestått i anleggsverdier, herunder produksjonsutstyr.

Under vurderingen av om det var snakk om en integrert virksomhet, la retten la særlig vekt på at konservervirksomheten var egnet til å komme den øvrige driften til gode, ved at selskapet delte på og sørget for en bedre utnyttelse av ressurser som lokaler, arbeidere og produksjonsutstyr. Hensikten bak investeringen hadde klart vært å sikre eller vedlikeholde inntekten til den eksisterende virksomheten, slik at det ikke var snakk om en passiv kapitalplassering.

Andre momenter som har blitt vektlagt i denne vurderingen er om virksomhetene har felles kontor, felles regnskap og felles finansieringsopplegg.<sup>119</sup> Det avgjørende synes etter dette å være at det foreligger en over- og underordnet virksomhet, men hvor selskapene er tilpasset hverandre, og fordringen dermed må være egnet til å gi fordeler for kreditorvirksomheten. Ved vurderingen av om slike fordeler foreligger, må det foretas en samlet vurdering av hvor nær selskapenes aktivitet er basert på de momentene som ble fremhevet ovenfor.

#### 5.6.2 Horisontal integrasjon

Tilknytningsvurderingen ved horisontal integrasjon mellom bedrifter var først oppe i den tidligere nevnte Rt-2005-1157 Commercial Buildings (CB). Det er noe usikker hvorvidt det

---

<sup>116</sup> Rt-1993-396

<sup>117</sup> Gjems-Onstad mfl. (2015) s.116

<sup>118</sup> Bragstad, Skatterett 1/2006 s.94

<sup>119</sup> Aarbakke (1990) s.131



tidligere var adgang til å vektlegge horisontal integrasjon i tilknytningsvurderingen. Ingen av de tidligere avgjørelsene synes å ta opp problemstillingen, men det er også påfallende at kreditor hadde eierinteresser i kreditorselskapene i samtlige av tilfellene.

CB hadde ytet betydelige lån til det amerikanske datterselskapet for å finansiere virksomheten i Florida. Denne virksomheten ga imidlertid ikke noen fordeler for den norske virksomheten isolert sett, slik at det ikke var tale om noen vertikal integrasjon. Likevel fant retten at det var en så «nær indre sammenheng mellom eiendomsforvaltning og eiendomsutvikling»,<sup>120</sup> og at det var utøvet et så aktivt eierskap at det ikke var tale om noen passiv kapitalplassering. Retten uttalte at det etter gjeldende rett ikke kunne stilles som vilkår at investeringen var egnet til å gi positiv effekt på selskapets øvrige drift.

I motsetning til vertikal integrasjon, foreligger det ved horisontal integrasjon altså ikke et hierarkisk vertikalt forhold mellom selskapene. Selv om de gjerne kan være i et konsernforhold og ha eierandeler i hverandre, er det typiske ved denne integrasjonsformen at virksomhetene er sidestilte. At det i integrasjonstilfellene ofte foreligger et konsernforhold mellom virksomhetene er i seg selv hverken nødvendig eller tilstrekkelig for å konstatere tilknytning.<sup>121</sup> Ved horisontal integrasjon vil driften i den ene således ikke gi noen fordel for den andre isolert sett. Det avgjørende er at virksomhetene likevel er så nært integrert at de nærmest er å regne som samme virksomhet.<sup>122</sup>

Om en slik horisontal integrasjon skal være tilstrekkelig, vil det dermed si at det ikke kan stilles like store krav til at fordringen har gitt eller var egnet til å gi forretningsmessige fordeler for kreditor. En slik betraktning kan synes vanskelig å harmonere med den betydning dette har vært tillagt i tidligere høyesterettsavgjørelser, jf. det som er skrevet ovenfor om motivet for fordringen.

Den etterfølgende Rt-2008-145 Norsk Struts kan videre synes å gå i motsatt retning av Commercial Buildings. I vurderingen av om bøndene skulle få fradrag for tap på fordring i de hadde på den felles etablerte strutsevirksomheten, uttalte retten at de ankende parter måtte ha påvist «driftsmessige fordeler eller økt omsetning av betydning hensett til investeringenes størrelse».<sup>123</sup> Det var ikke tilstrekkelig at Norsk Struts og aksjonærene utøver virksomhet innen landbruk. Flertallet legger altså til grunn at det kreves at hovedformålet har vært

---

<sup>120</sup> Rt-2005-1157 avsnitt 49

<sup>121</sup> Skatte ABC 2020/2021 Fordringer pkt. 8.3.9

<sup>122</sup> Kristiansen (2014) s.372

<sup>123</sup> Rt-2008-145 avsnitt 61

hensynet til egen virksomhet, noe som vanskelig harmonerer med argumentasjonen i Commercial Buildings.

HR-2017-628-A Thinggaard gjaldt igjen horisontal integrasjon. Thinggaard hadde her ytet et lån til Risløkka AS, som igjen tok sikte på en investering i Peterson-gruppen gjennom Startup 91 AS. Ettersom det ikke forelå noen vertikal integrasjon i debitorselskapet for Thinggaard, var spørsmålet om en horisontal integrasjon var tilstrekkelig virksomhetstilknytning. Retten la her til grunn at investeringen i Peterson måtte sees som «en integrert økonomisk virksomhet der formålet var å oppnå verdiøkning på investeringen i Peterson».<sup>124</sup> Flertallet synes her å legge samme oppfatning som Rt-2005-1157 Commercial Buildings til grunn, hvor fordringens egnethet til å gi særskilte fordeler for kreditor isolert sett, er tillagt mindre vekt. Det avgjørende synes å være graden av økonomisk integrasjon.<sup>125</sup>

At horisontal integrasjon i noen tilfeller kan være tilstrekkelig til særlig og nær virksomhetstilknytning til fordringen foreligger, må etter dette være klart. Hvorvidt fokus er endret slik at fordringens egnethet til å fremme egen virksomhet nå skal ha mindre betydning, kan imidlertid fremstå som noe uklart. Gjeldende rett etter Rt-2008-147 og HR-2017-628-A er nok likevel at dette vil være et sentralt moment, selv om det neppe kan sies å være et vilkår. Se punkt 5.7 for en nærmere redegjørelse av dette.

### 5.7 Samlet vurdering

Som gjennomgangen ovenfor viser, har det gjennom langvarig rettspraksis særlig utkrystallisert seg to momenter som kan tillegges vekt i vurderingen av om det foreligger en «særlig og nær tilknytning». Som utgangspunkt må det foretas en samlet vurdering av de ulike momentene for å avgjøre om det foreligger en slik tilknytning. Dette fremkommer blant annet av Rt-2005-1171 avsnitt 78, hvor retten la til grunn at det måtte foretas en «nokså konkret vurdering» av den «historiske bakgrunn», «etterfølgende utvikling» og «graden av integrasjon». De to første momentene tar sikte på å klarlegge motivet bak, og hvordan dette har utviklet seg.

Likevel bærer disse momentene til en viss grad preg av å være typetilfeller, og i mindre grad momenter i en helhetsvurdering. Vurderingstemaene er utpreget skjønnsmessige, og hvilke som skal vurderes avgjøres ut fra faktum i den konkrete sak.<sup>126</sup> På bakgrunn av dette kan det

---

<sup>124</sup> HR-2017-628-A avsnitt 60

<sup>125</sup> Zimmer & BAHN (2019) s.189

<sup>126</sup> Nordal & Grønland (2009) s.6

derfor diskuteres hvorvidt momentene er å anse som alternative vilkår under vurderingen av «særlig å nær tilknytning», ettersom vurderingen i og for seg kan avgjøres av et av momentene. Dersom det foreligger sterk integrasjon eller fordringen klart har oppstått for at kreditor skal oppnå forretningsmessige fordeler, er dette momenter som i seg selv kan være grunnlag for å anse tilknytningen som tilstrekkelig.<sup>127</sup> Det er likevel verdt å bemerke at motivet bak fordringen og dens egnethet til å gi særskilte fordeler for kreditor likevel må synes å være vektlagt i tilfellene med horisontal integrasjon. Til syvende og sist vil det derfor være mest adekvat å betegne dette som en helhetsvurdering av samtlige relevante momenter i det aktuelle typetilfellet.

### 5.8 Hvor ligger terskelen i dag?

Opprinnelig var kravet til særlig og nær tilknytning ansett å være nokså strengt.<sup>128</sup> Dette kommer til uttrykk i flere av de eldre Høyesterettsdommene, herunder Rt-1976-1467 Løiten Brænderi og Rt-1977-143 Havtank, og i de etterfølgende dommene Rt-1990-958 Quatro og Rt-1993-396 Tinfos. Disse dommene er imidlertid avsagt før skattereformen i 1992, slik at vurderingen gjaldt for både aksjer og fordringer. Etter skattereformen i 1992 vil dette nå kun ha betydning for fordringer, og gjeldende rett skulle videreføres for disse.<sup>129</sup>

Sammenholdt med disse avgjørelsene, må imidlertid Rt-2005-1157 Commercial Buildings anses å gi uttrykk for en viss oppmykning av kravet til særlig og nær tilknytning.<sup>130</sup> Det sies ikke uttrykkelig at det legges en lempeligere forståelse av kravet til grunn, men det vises blant annet til «utviklingen som har funnet sted» i bransjen i integrasjonsvurderingen. Tilsvarende ble også lagt til grunn i Rt-2005-1171 Skjelland, som også ble ansett å følge opp den lempede terskel for særlig og nær tilknytning som ble lagt til grunn i Commercial Buildings.<sup>131</sup>

Utfallet ble imidlertid motsatt i Rt-2008-145 Norsk Struts. Saken omhandlet en gruppe bønder som gikk sammen og startet opp med produksjon, slakting, videreforedling og kjøp og salg av struts. Driften gikk etter hvert dårlig, og bøndene måtte etter hvert innfri de garantier de hadde stilt for selskapet, i tillegg til at de fordringer de selv hadde på selskapet gikk tapt. Spørsmålet var om de da kunne kreve fradrag for tapet de hadde lidt på disse fordringene. Under vurderingen av tilknytningskriteriet avkreftet retten at de tidligere avgjørelsene Rt-2005-1157

---

<sup>127</sup> Nordal & Grønland (2009) s.6

<sup>128</sup> Zimmer (2018) s.274

<sup>129</sup> Ot.prp.nr.86 (1997–1998) side 48

<sup>130</sup> HR-2017-628-A avsnitt 45

<sup>131</sup> Zimmer, Skatterett 4/2009 s.312-317

og Rt-2005-1171 innebar en oppmykning av tilknytningskriteriet. Derimot ville det som konsekvens av ulike faktiske forhold være et ulikt fokus ved anvendelsen av normen.<sup>132</sup>

I ettertid av Norsk Struts har det hersket tvil i juridisk teori om hvilken terskel som skal legges til grunn.<sup>133</sup> Rt-2015-628 Solér tar igjen opp problemstillingen. Selv om tilknytningskravet ikke var problematisert av partene i saken, viste retten i avsnitt 36 til den «dynamiske» tolkningen som ble lagt til grunn i Commercial Buildings. Selv om det ikke gis noe entydig svar, kan dommen tas til inntekt for at det nå stilles et noe lempeligere krav til tilknytningen. Nå kan HR-2017-628-A Thinggaard synes å endelig ha avklart dette. Under vurderingen av tilknytningskravet legger retten til grunn at det gjennom Commercial Buildings, Skjelland og Sóler har «skjedd en viss oppmykning».<sup>134</sup> Uttalelsen er oppsiktsvekkende nok, ettersom det er stikk i strid med det som ble lagt til grunn i Norsk Struts. Likefult må det nå anses som endelig avklart at den noe lempede terskelen fra disse dommene nå må legges til grunn.

---

<sup>132</sup> Bragstad, Skatterett 2/2011 s. 175

<sup>133</sup> Zimmer, Skatterett 4/2009 s.312-317 og Kristiansen (2014) s.372

<sup>134</sup> HR-2017-628-A avsnitt 45

## 6. Avsluttende bemerkninger

Som fremstillingen har vist, står fordringer i en særstilling hva gjelder skatteplikt og fradragsrett for gevinst og tap. Det rettslige utgangspunktet i loven kan være noe uoversiktlig, spesielt for fradrag for tap på fordringer. I tråd med nyere rettspraksis kan det likevel se ut til at man nå er mer bevisst på skillet mellom sktl. § 6-2 første, jf. § 9-3 ved realisasjonstilfellene, og § 6-2 annet ledd ved «annet tap» på fordringer. Skillet har som nevnt bare betydning for når tap eller gevinst er konstatert, og videre for tidfestingen av disse. De materielle vilkårene må fortsatt anses å være sammenfallende.

Videre hva gjelder virksomhetsbegrepet har det klart utkrystallisert seg en rekke vurderingsmomenter gjennom langvarig rettspraksis. Praksis er noe uklar på hvilke momenter som til enhver tid bør vurderes, og i tilfelle hvorvidt det skal foretas en helhetsvurdering av momentene. Særlig for fordringer, hvor ikke alle momentene alltid synes å være like aktuelle. Den konkrete vurdering synes å variere ut fra hvilket typetilfelle man står ovenfor. Selv om forarbeidene til en viss grad har forsøkt å oppsummere gjeldende rett,<sup>135</sup> synes det imidlertid å fortsatt være rom for presisering, sett i lys av nyere rettspraksis. Vurderingen har utviklet seg gjennom en heller lite planlagt praksis siden Rt-1936-390, og det kan det argumenteres for at lovteksten i større grad burde gitt uttrykk for hvilke parametere som skal være avgjørende.<sup>136</sup>

Også for tilknytningskravet kan det spørres om gjeldende rett er moden for endring. Kriteriet ble utviklet med sikte på å avgrense mot spekulasjonsgevinster for aksjeinvesteringer,<sup>137</sup> og har blitt opprettholdt og videreutviklet også etter at dette ble endret i 1992. Den særskilte terskelen som nå i hovedsak gjelder for fordringer, var altså først og fremst utviklet for en annen avgrensning. Dette synes også å være årsaken til at retten sakte beveget seg over til en noe lempet terskel, hvor retten har prøvd å tilpasse denne vurderingen etter dagens situasjon.<sup>138</sup> Den gang terskelen ble utviklet dreide vurderingen seg også stort sett om skatteplikt for gevinster, mens de mest praktiske tilfellene i dag fradragsrett for tap.<sup>139</sup>

Spekulasjonsmotivet er videre langt mindre fremtredende i dag, og det har det vært tatt til orde for at det særskilte tilknytningskravet burde avvikles.<sup>140</sup> Med denne utviklingen sett i lys av den problematiske grensedragningen for hvilke tilfeller som skal behandles etter denne

---

<sup>135</sup> Ot.prp.nr.86 (1997–1998) side 48

<sup>136</sup> Folkvord & Furuseth, Skatterett 3/2019 s.3

<sup>137</sup> Rt-1976-1467

<sup>138</sup> HR-2017-628-A

<sup>139</sup> Gjems-Onstad mfl. (2015) s.113

<sup>140</sup> Berg-Rolness (2009) s.209

skjerpede normen, er det ikke vanskelig å si seg enig i at kravet om særlig og nær tilknytning kanskje har utspilt sin rolle.

De vanskelige vurderingene gjør videre at det kreves en viss bevissthet og innsikt for å forutse skatteposisjonen, og slik manglende forutsigbarhet kan få kostbare konsekvenser for skattyteren.<sup>141</sup> Fordringer kan i det hele tatt synes å være underlagt en noe kunstig regulering, som illustrert under punkt 2.1.2 ved at fordringer og aksjekapital behandles ulikt. Etter en samlet vurdering synes det etter min mening klart å være rom for rettslig presisering rundt reglene om skatteplikt på gevinst og fradragsrett for tap på fordringer, selv om enhver detalj klart nok ikke kan reguleres ved lov. Fremlagte forslag ikke har ført til noen endring per dags dato,<sup>142</sup> er dette neppe siste gang denne problemstillingen ser dagens lys.

---

<sup>141</sup> Kristiansen (2014) s.381

<sup>142</sup> NOU 2003:9 punkt 7.3.4.3

## 7. Litteraturliste

### 7.1 Lover

1911 Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven) av 18. august 1911 nr.8 (Opphevet)

1997 Lov om folketrygd (folketrygdloven) av 28. februar 1997 nr.19

1999 Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven) av 26. mars 1999 nr.14

### 7.2 Forskrifter

1999 Forskrift til utfylling og gjennomføring mv. av skatteloven (forskrift til skatteloven) av 26. mars 1999 nr. 14

### 7.3 Forarbeider

Innst.O.80 (1990-1991) Innstilling fra finanskomiteen om skattereformen 1992

Ot.prp.86 (1997-1998) Ny skattelov

Ot.prp.35 (1990-1991) Skattereformen 1992

NOU 2003:9 (2003) Forslag til endringer i skattesystemet

Ot.prp. nr. 92 (2004-2005) Lov om endringer i skatte- og avgiftslovgivningen mv.

Prop.1 LS (2011-2012) Skatter avgifter og toll 2012

### 7.4 Rettspraksis

Rt-1936-390 Grieg

Rt-1951-768

Rt-1976-1467 Løiten Brænderi

Rt-1977-143 Havtank

Rt-1986-58 Asdahl

Rt-1990-1143 Norse I

Rt-1990-958 Quatro

Rt-1992-108 Norse II

Rt-1982-501 Awilco

Rt-1985-319 Ringnes

Rt-1993-396	Tinfos
Rt-2001-187	Media Bergen
Rt-2001-851	Kreditkassen
Rt-2005-1157	Commercial Buildings
Rt-2005-1171	Skjelland
Rt-2007-1822	DSC
Rt-2008-145	Norsk Struts
Rt-2009-1473	Samdal
Rt-2010-790	Telecomputing
Rt-2011-1620	Elkem/Hafslund
Rt-2013-421	Tronviken
Rt-2015-203	Scancem
Rt-2015-628	Solér
HR-2017-627-A	Raise
HR-2017-628-A	Thinggaard
HR-2018-391-A	Argentum
HR-2018-570-A	Tandberg
HR-2018-2433-A	Yara I

## 7.5 Bøker

Aarbakke, Magnus (1990) *Skatt på inntekt*, (4. utgave) Oslo: Universitetsforlaget

Berg-Rolness, Gregar (2009) *Inntekt av virksomhet*, (1.utgave) Oslo: Gyldendal

Gjems-Onstad, O., Ferdowski, S.O., Folkvord, B., Furuseth, E. (2015) *Norsk bedriftsskatterett*, (9.utgave) Oslo: Gyldendal

Harboe, E., Sanfelt, T., Njøs, K., Ravnaas, E., Andersen, A., Liland, A., Andersen, M., og Jarlsby, T. (1992) *Skattereformen 1992*, Oslo: Universitetsforlaget



Kristiansen, Vegard (2014) *Høyt skattet : Festskrift til Frederik Zimmer*, Oslo: Universitetsforlaget

*Skatte-ABC 2020/2021* (elektronisk utgave, sitert fra skatteetaten.no)

Skaar, Arvid Aage & Advokatfirmaet Wiersholm (2006) *Norsk skatteavtalerett*, Oslo: Gyldendal

Skaar, Arvid Aage & Kristensen, Roy (2017) *Lærebok i bedriftsskatterett*, Oslo: Gyldendal

Zimmer, Frederik & Advokatfirmaet BAHR AS (2019) *Bedrift selskap og skatt*, (7.utgave) Oslo: Universitetsforlaget

Zimmer, Frederik (2018) *Lærebok i skatterett*, (8.utgave) Oslo: Universitetsforlaget

## 7.6 Artikler

Bragstad, Linda H. (2006) *Overligningsnemnda for storbedrifter – klagebehandlingen 2005 – Del I* i Skatterett 1/2006 (sitert fra idunn.no)

Bragstad Linda H. (2011) *Skatteklagenemnda ved Sentralskattekontoret for storbedrifter – klagebehandlingen 2010* i Skatterett 2/2011

Folkvord, Benn & Furuseth, Eivind Skatterett 3/2019 (sitert fra idunn.no)

Nordal, Stig & Grønland, Karl-Anders (2009) *Skattemessig fradragrett for tap på fordringer* (sitert fra lovdata.no)

Stoveland, Per Helge (2013) *Gevinst og tap på fordringer* (sitert fra magma.no)

Zimmer, Frederik (2009) *Høyesterettsdommer i skattesaker 2008* i Skatterett 4/2009 (sitert fra idunn.no)

Zimmer, Frederik (2014) *Høyesterettsdommer i skattesaker 2013* i Skatterett (sitert fra idunn.no)

Zimmer, Frederik (2016) *Høyesterettsdommer i skattesaker 2015* i Skatterett 3/2016 (sitert fra idunn.no)

Zimmer, Frederik (2018) *Høyesterettsdommer i skattesaker 2017* i Skatterett 2/2018 (sitert fra idunn.no)

Zimmer, Frederik (2019) *Høyesterettsdommer i skattesaker 2018* i Skatterett 3/2019 (sitert fra idunn.no)